# Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft für die Gründungsvorgänge nach deutschem Aktienrecht

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

**Franz Walter Hornig**

aus Wurzen,

z. Zt. Referendar in Schwarzenberg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

**Borna-Leipzig**

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen Eltern!

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Einleitung . . . . . 1

§ 1. a) Die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstituts des Aufsichtsrats . . . . . 1

b) Die gesetzliche Regelung seiner Haftung . . . . . 3

Erster Teil.

**Die Haftung für die Gründungsvorgänge.**

§ 2. Das Gründungsstadium . . . . . 8

§ 3. Die zu vertretenden Umstände.

a) Die Prüfung des Gründungsherganges . . . . . 13

b) Die Berichterstattung . . . . . 27

§ 4. Die Voraussetzungen zum Eintritte der Haftung.

a) Schaden der Gesellschaft . . . . . 31

b) Ursächlicher Zusammenhang . . . . . 36

c) Verschulden . . . . . 38

d) Mangel an Vorverpflichteten . . . . . 46

§ 5. Die eingetretene Haftung.

a) Die ersatzpflichtigen Personen; das ersatzberechtigte Subjekt; der Anspruch nach Inhalt und Umfang . . 46

b) Solidarität der Haftung . . . . . 48

c) Subsidiarität der Haftung . . . . . 50

§ 6. Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs.

a) Vorbereitung der Geltendmachung . . . . . 54

b) Durchführung der Geltendmachung . . . . . 56

c) Beweislast . . . . . 63

§ 7. Das Erlöschen des Anspruchs.

a) Vergleiche, Verzichtleistungen . . . . . 68

b) Verjährung . . . . . 77

Zweiter Teil.

**Die Haftung aus Nachgründungen.**

§ 8. Die Fälle der §§ 207 und 208 des HGB. . . . . 79

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0026

# Literaturverzeichnis.


### A. Gesetzesmaterialien.

Motive I = Motive zum 1. Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen, vorgelegt dem Bundesrat am 7. 9. 1883. Berlin, Karl Heymanns Verlag, 1883. Abgedruckt in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts Bd. 44 S. 1 ff.

Motive II = Motive zum 2. Entwurf, Berlin 1884, Karl Heymanns Verlag, gleichförmig der amtlichen Vorlage: Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstags, 5. Legislaturperiode, 4. Session 1884, Bd. 1 Nr. 21.

Bericht = Bericht der 9. Kommission des Reichstags, 5. Legislaturperiode, 4. Session 1884, über den Entwurf eines Aktiengesetzes, Drucksachen des Reichstags Nr. 128.

Denkschrift = Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes (Reichstag 9. Legislaturperiode, 4. Session 1895—97 zu Nr. 632). Zitiert nach: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Auf Veranlassung des kaiserl. Justizamtes herausgegeben von C. Hahn, fortgesetzt von Mugdan. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. R. v. Deckens Verlag. Berlin 1897.

### B. Lehrbücher, Kommentare, Monographien.

**Alexander-Katz** und **Dyhrenfurth,** Die Aktiengesellschaft unter dem neuen Aktiengesetz. Hermanns Verlag. Berlin 1899.

**Anschütz** und **v. Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Supplement-Bd. Palm und Enkes Verlag. Erlangen 1885.

**Behrend,** Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Abt. J. Guttentags Verlag. Berlin 1896.

**Cosack,** Lehrbuch des Handelsrechts nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 6. Aufl. Enkes Verlag. Stuttgart 1903.

**Düringer** und **Hachenburg,** Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 mit Ausschluß des Seerechts auf der Grundlage des BGB. erläutert. Bensheimers Verlag. Mannheim 1899.

**Endemann,** Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

**Esser, Robert** und **Ferdinand,** Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des HGB. für das Deutsche Reich vom 10. 5. 1897. 2. Aufl. Springers Verlag. Berlin 1899.

**Esser II, Robert,** Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884. 5. Aufl. Springers Verlag. Berlin 1891.

**Gareis,** Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. J. Guttentags Verlag. Berlin 1903.

**Gareis** und **Fuchsberger,** Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich anschließenden Reichsgesetzen. J. Guttentags Verlag. Berlin 1891.

**Gemünd** und **Knödgen,** Wie kann unser Aktienwesen gesunden? Mängel im deutschen Aktienrecht und Vorschläge zu ihrer Beseitigung. Neubners Verlag. Köln 1902.

**Goldmann,** Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Franz Vahlens Verlag. Berlin 1901—1905.

**Gumprecht,** Über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Leipziger Dissertation. 1902.

**v. Hahn,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Vieweg und Sohns Verlag. Braunschweig 1871.

**Hagen,** Über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei den Aktiengesellschaften. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 42. Jahrg. S. 333 ff. Berlin 1898.

**Hergenhahn,** Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884. Liebmanns Verlag. Berlin 1891.

**Hergenhahn,** Gründer-Erklärungen und Prüfung des Gründungsherganges bei Aktiengesellschaften nach Art. 209 g und 209 h des Reichsgesetzes vom 18. 7. 1884. In Gruchots Beiträgen 5. Folge 1. Jahrg. 1892 S. 611 ff., 737 ff.; 2. Jahrg. 1893 S. 289 ff., 585 ff.

**Hoeland,** Organe der Aktiengesellschaften. Erlanger Dissertation. Dobereiners Verlag. Jena 1886.

**Kaiser, J.,** Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats der Aktiengesellschaften und Genossenschaften. Becks Verlag. München 1897.

**Kayser, P.,** Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884. 2. Aufl. Müllers Verlag. Berlin 1891.

**Könige,** Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 verglichen mit dem allgemeinen deutschen HGB., BGB. und der Rechtsprechung. J. Guttentags Verlag. Berlin 1899.

**Küntzel,** Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, seine Rechte und Pflichten. Reinboths Verlag. Leipzig 1902.

**Lehmann,** Das Recht der Aktiengesellschaften. Karl Heymanns Verlag. Bd. 1 Berlin 1898; Bd. 2 Berlin 1904.

**Lehmann** und **Ring,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Karl Heymanns Verlag. Berlin 1902.

**Makower,** Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl. J. Guttentags Verlag. Berlin 1901.

**Mankiewicz,** Die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Struppe und Winklers Verlag. Berlin 1900.

**v. Meyer,** Die zivilrechtliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft nach dem neuen Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Leipziger Dissertation. 1903.

**Molitor,** Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften. Groos' Verlag. Heidelberg 1897.

**Nieden,** Die privatrechtliche Haftung für die Gründungsvorgänge nach deutschem Aktienrecht. Leipziger Dissertation. 1902.

**Perl,** Das Recht des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. In Gruchots Beiträgen 1883 Bd. 27 der ganzen Reihe S. 338 ff., S. 621 ff.

**Petersen** und **v. Pechmann,** Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884. Roßbergs Verlag. Leipzig 1890.

**Pinner,** Das deutsche Aktienrecht. Kommentar zu Buch II Abschn. 3 u. 4 des Handelsgesetzbuchs vom 10. 5. 1897. H. W. Müllers Verlag. Berlin 1899.

**Portaszewicz,** Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands der Aktiengesellschaft. Leipziger Dissertation. 1905.

**Puchelt** u. **Förtsch,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Roßbergs Verlag. Leipzig 1892—94.

**Reinganum,** Die Rechte der Aktionäre und die Haftbarkeit des Aufsichtsrats. Verlag der literarischen Anstalt Rütten und Löhning. Frankfurt a. M. 1881.

**Renaud,** Das Recht der Aktiengesellschaften. 2. Aufl. Tauchnitz' Verlag. Leipzig 1875.

**Renaud,** Der Entwurf eines Reichsgesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. In Buschs Archiv Bd. 45 Jahrg. 1884 S. 1 ff., 269 ff.

**Ring,** Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884. 2. Aufl. Karl Heymanns Verlag. Berlin 1893.

**Ring,** Zu dem Entwurf eines neuen Aktiengesetzes. In Buschs Archiv Bd. 45 Jahrg. 1884 S. 72 ff.

**Schmidt,** Die zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrecht. Th. Ackermanns Verlag. München 1888.

**Siebenhüner,** Die zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit. Leipziger Dissertation. 1904.

**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Heines Verlag. Berlin 1900.

**Tscharmann,** Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Leipziger Dissertation. 1896.

**v. Völderndorff,** Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884. Palm und Enkes Verlag. Erlangen 1884/85.

**Wiener,** Der Aktiengesetzentwurf. Verlag Veit & Co. Leipzig 1884.

**Willenbücher,** Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Müllers Verlag. Berlin 1891.

**Wächter,** Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Breitkopf u. Härtels Verlag. Leipzig 1865.

### C. Rechtsprechung.

Annalen des königl. sächs. Oberlandesgerichts Dresden, herausgegeben von Loßnitzer und Kurtz. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft. Leipzig 1881 ff.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten d. Gerichtshofs. Bd. 1—25. Stuttgart 1871—80.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Veit & Co. Leipzig.

# Einleitung.

## § 1.

## Die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstituts des Aufsichtsrats; die gesetzliche Regelung seiner Haftung.

a) Die Aktiengesellschaft wird von der herrschenden Lehre[1]) ihrem Ursprunge nach auf zwei voneinander unabhängige Gesellschaftsformen zurückgeführt: auf die italienischen Staatsgläubigervereine[2]) mit dem Zwecke, durch Zusammenlegung kleiner Kapitalien dem Staate Geld zuzuführen und ihn zu befähigen, über seine Finanzkraft hinausgehende Aufgaben zu erfüllen, und auf die zuerst in Holland auftretenden Handelskompanien[3]) mit dem Ziele, Kapital zu privaten Handels-, namentlich Seehandelsunternehmungen, zusammenzubringen.

So verschieden beide Gesellschaftsformen an sich waren: mit der Zeit zeigte sich bei jeder von ihnen eine

---

[1]) vgl. die Literaturangaben bei Gareis S. 180 Anm. 1—3; S. 112 ff.; Renaud S. 21 ff., 25 ff.

[2]) Als älteste Aktiengesellschaften erscheinen die Bank von Chios 1346 und die 1407 unter dem Namen comperae regiminis Santi Georgii gegründete Bank von Genua.

[3]) Hauptbeispiele: Die unter dem 20. 3. 1602 aus der Vereinigung mehrerer Gesellschaften entstandene holländisch-ostindische sowie die ihr 1613 angepaßte, bereits 1599 gegründete englisch-ostindische Kompanie.

Erscheinung, die im Laufe jahrhundertelanger Entwicklung schließlich zur Ausbildung des Instituts geführt hat, das wir als Aufsichtsrat bezeichnen.

Bestimmte Mitglieder, die am Unternehmen am stärksten Beteiligten und daher der Verlustgefahr am meisten Ausgesetzten, maßten sich in dem natürlichen Bestreben, sich nach Möglichkeit vor Schaden zu schützen, eine Art Aufsichtsrecht und Prüfungsbefugnis hinsichtlich der Geschäftsangelegenheiten an, indem sie entweder die Verwertung und Verwaltung der den Vereinen vom Staate zur Sicherung ihrer Forderungen überwiesenen Staatseinkünfte überwachten (so bei den italienischen Staatsgläubigervereinen), oder sich Einsicht in die Geschäftsführung und Rechnungslegung der von der Gesellschaft damit Betrauten verschafften (so bei den Handelskompanien).

Dieses zunächst eigenmächtig ausgeübte Recht wurde ihnen später von den übrigen Mitgliedern, den Kleinaktionären, ausdrücklich als eine Art Vorzugsrecht zugestanden, nachdem sich der segensreiche Einfluß gezeigt hatte, den eine derartige Beaufsichtigung für sämtliche Mitglieder mit sich brachte.

Als sich bei wachsendem Verkehr und zunehmender Bedeutung der Kapitalgesellschaften das Bedürfnis immer dringender geltend machte, dem gesteigerten Risiko Sicherungsmittel gegenüberzustellen, lag es nahe, ein solches darin zu finden, daß das den Hauptpartizipanten als Sondervorzug zugestandene Aufsichtsrecht in eine Aufsichtspflicht umgewandelt wurde, der sie zum Nutzen aller Mitglieder obzuliegen hatten. Damit war in den Hauptinteressenten, die als Interessengemeinschaft schon vorher eine Art Kollegium innerhalb der Gesellschaft gebildet hatten, und in den Personen, denen später die Aufsichtspflicht unabhängig von ihrer Beteiligung am Unternehmen[4]) auferlegt

[4]) Insofern die Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr Aktionäre zu sein brauchten.

wurde, ein Organ geschaffen, das in innerer Tätigkeit bemüht war, das Unternehmen in ruhigen, gesicherten Bahnen zu erhalten und das damit in Gegensatz zu der unternehmungsfreudigen, vorwärtsdrängenden Generalversammlung und dem nach außen tätigen Vorstande trat.

b) Wie die Verhältnisse der älteren deutschen Aktiengesellschaften überhaupt, so entbehrten auch die Rechte und Pflichten sowie die Verantwortlichkeit der Mitglieder des neuen Gesellschaftsorgans einer gesetzlichen Regelung als natürliche Folge davon, daß seine Errichtung zunächst dem freien Ermessen der Gesellschaft überlassen war. In den ziemlich zahlreichen Fällen seiner Anwendung beruhten die Rechtsverhältnisse seiner Mitglieder lediglich auf dem für jede einzelne Gesellschaft von ihr selbst oder vom Staate geschaffenen Statute, das bei dem Mangel von Gesetzgebungsbefugnis auf seiten der Gesellschaft nur Vertragsrecht schaffen konnte. Handelte es sich darum, Mitglieder des bis 1870 zumeist als Verwaltungsrat[5]) bezeichneten Aufsichtsorgans für einen Schaden zur Rechenschaft zu ziehen, den sie durch Überschreitung ihrer Rechte oder Nichterfüllung ihrer Pflichten verursacht hatten, so war man bei Verfolgung des Ersatzanspruchs auf den Gesellschaftsvertrag angewiesen, und zeigte sich dieser lückenhaft, so fehlte es eben an der Handhabe gegenüber den Schädigern.[6]) Auf die Grundsätze des Mandats als des zwischen den Mitgliedern des Aufsichtsorgans und der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisses zurückzugreifen, bot bei der früheren geringen Entwicklung der Sätze über die Haftung aus dem Mandat und bei der Verschiedenheit des in Deutschland geltenden Rechts wenig Aussicht auf Erfolg.[7])

---

[5]) Auch wohl Ausschuß, Direktorialrat, Kuratorium genannt. Weitere Bezeichnungen bei Renaud S. 626, 627.

[6]) Anschütz u. v. Völderndorff S. 695, 696.

[7]) Puchelt S. 472 zu Art. 225b Note 3 Abs. 2; Renaud S. 633; Endemann, Das deutsche Handelsrecht § 65 S. 214; Mot. I S. 223.

Indes drängte der Umstand, daß die Aktiengesellschaft als Gesellschaftsform eine von Jahr zu Jahr wachsende Anwendung fand, gebieterisch auf eine gesetzliche Regelung des deutschen Aktienrechts hin.

Sieht man von dem auf einigen deutschen Gebieten geltenden, das Aktienwesen sehr eingehend behandelnden code de commerce von 1808 ab, so kommen als erste Ergebnisse dieses Bestrebens in Betracht die preußischen Gesetze über die Eisenbahnaktiengesellschaften vom 3. 11. 1838 und über die Aktiengesellschaften vom 9. 11. 1843. Ihnen folgten in verschiedenen deutschen Staaten bald eine Reihe von Entwürfen[8]) als weitere Versuche einer umfassenderen Normierung, darunter als wichtigster der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1857, dessen Art. 178—205 die Grundlage der Art. 207—249 des bald darauf ergehenden bedeutsamen allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs wurden.[9])

Dieses letztere, unter dem 5. 6. 1869 zum Gesetz des norddeutschen Bundes erklärt und sodann als Reichsgesetz übernommen, beschäftigte sich in den Art. 225, 226, 231 mit den Funktionen des Aufsichtsrats für den Fall seines Vorhandenseins, schwieg aber über das Maß der Verantwortlichkeit seiner Mitglieder. Es hatte im Grunde genommen auch keine Veranlassung, sich eingehender mit ihm und seiner Haftpflicht zu befassen, da nach wie vor der Staat an seinem Aufsichtsrecht und dem Erfordernisse staatlicher Genehmigung[10]) festhielt und sich nicht hatte

[8]) vgl. Renaud S. 45 ff.

[9]) Zufolge Bundesbeschlusses vom 31. 5. 1861 den deutschen Regierungen mit der Aufforderung zugestellt, es unverändert anzunehmen, wurde es bis 1865 in den meisten deutschen Ländern übereinstimmend eingeführt. Über seine Entstehung und die verschiedenen Einführungsgesetze vgl. Wächter Bd. 1 Teil 1 S. 5 Anm. 3 u. 4; v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen HGB. 2. Aufl. 1871 Bd. 1 Einleitung § 14 S. 34—39.

[10]) Darüber ausführlich Wächter Bd. 1 Teil 2 S. 93 ff., S. 129 ff.

entschließen können, der Aktiengesellschaft das gleiche Selbstbeaufsichtigungsrecht zuzugestehen, das er bereits der Kommanditgesellschaft auf Aktien gewährt hatte. Infolgedessen war für die Tätigkeit des Aufsichtsrats ein nur geringer Raum gegeben, und seine Wirkung auf die weitere Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Aktiengesellschaft konnte eine nur bescheidene sein.[11])

Nachdem aber unter dem Einflusse des Fortschrittes und der freiheitlichen Regungen, die sich allenthalben und nicht zum wenigsten auf dem Gebiete des Rechts geltend machten und die auf Beseitigung der Bevormundung des Privatlebens durch die Behörden hinarbeiteten, die sogen. erste Aktiennovelle, das norddeutsche Bundes-, nachherige Reichsgesetz vom 11. 6. 1870 das Erfordernis staatlicher Genehmigung und Beaufsichtigung aufgegeben[12]) und unter Schaffung des Prinzips der Normativbestimmungen die Bestellung eines Aufsichtsrats zu einem wesentlichen[13]) Erfordernisse der in Zukunft[14]) entstehenden Aktiengesellschaften erklärt hatte, war eine eingehende Regelung der Verhältnisse und insbesondere der Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats nicht länger zu umgehen. Die letztere erfolgte in den Art. 225 b und 249 der Novelle in zivil- wie strafrechtlicher Hinsicht.

Bald bot sich Gelegenheit zu erproben, ob der Aufsichtsrat den Aktionären, Gesellschaftsgläubigern und der Gesellschaft selbst wirklich den Schutz gegen Ausbeutung und Übervorteilung gewähren könne, den man von ihm erhoffte: der wirtschaftliche Aufschwung im jungen Deutschen

---

[11]) So auch Tscharmann S. 6; Behrend S. 856.

[12]) Perl S. 343, 344; Bekker, Beiträge zum Aktienrecht, Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 17, 2. Folge S. 463, 464.

[13]) Art. 209 Ziff. 6.

[14]) Nicht auch der älteren. Vgl. zu dieser Streitfrage die zutreffenden Ausführungen bei Tscharmann S. 8—11; wie dieser Küntzel S. 9 Anm. 9.

Reiche gab die Veranlassung zur Gründung zahlreicher Aktiengesellschaften. Was aber wohl nur wenige vermutet hatten, trat ein. Teils durch eigene, teils durch die Schuld des leichtgläubigen und vertrauensseligen Publikums versagte, namentlich in der Krisis von 1873, das Institut des Aufsichtsrats. Seinen Pflichten kam er nur mangelhaft nach, und wenn sich dann die Geschädigten nach dem Zusammenbruch auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen über die Haftbarkeit seiner Mitglieder an diese halten wollten, zeigte sich, daß die Schuldigen infolge der Lückenhaftigkeit des Gesetzes, das im Art. 225 b nur drei Haftfälle aufgestellt hatte, sich der drohenden Gefahr zu entziehen vermochten. Während man schon die Hoffnung gehegt hatte, sich noch weiter von dem Konzessionssystem entfernen und zur freiesten Gestaltung der Körperschaftsbildung übergehen zu können, sah man sich gezwungen, die Zügel wiederum straffer anzuziehen und neue Sicherungsmittel zu ersinnen.

Man glaubte, ein solches vor allem in der Verschärfung der zivil- und strafrechtlichen Haftung der bei der Gründung beteiligten Personen zu finden[15]) und legte demzufolge unter Beibehaltung des Prinzips der Normativbestimmungen[16]) in dem gesetzgeberischen Niederschlage dieses Gedankens, dem Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. 7. 1884, den Schwerpunkt in eine von den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrats vorzunehmende verantwortliche Prüfung[17]) des Gründungsherganges.

Da während der Geltungszeit dieser sogen. zweiten Aktiennovelle das Geschäftsleben von Katastrophen gleich denen der 70er Jahre im allgemeinen verschont blieb, so

---

[15]) Mot. I S. 90.

[16]) Mot. I S. 89.

[17]) Daher die Bezeichnung „Prüfungstheorie", z. B. bei Gareis S. 181 ff.

nahm man, als es an der Wende des 19. und 20. Jahrhunderts galt, auch das Handelsgesetzbuch dem neugeschaffenen Bürgerlichen Gesetzbuch anzupassen, die vorhandenen Bestimmungen über den Aufsichtsrat und insbesondere über seine Verantwortlichkeit mit nur geringfügigen, meist redaktionellen Änderungen in das neue Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 auf.[18])

Gleichwohl sind auch seit 1897 auffallend zahlreiche und folgenschwere Zusammenbrüche von Aktiengesellschaften erfolgt, und bei jedem war auffallenderweise die Klage zu vernehmen, daß es nicht möglich sei, die maßgeblichen Kreise, namentlich den Aufsichtsrat, in dem wünschenswerten Maße für den entstandenen Schaden haftbar zu machen.

Da sich die Frage nach Haltlosigkeit oder Berechtigung dieser Bemängelung nur auf Grund einer eingehenden Darstellung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen beantworten läßt, mag der Versuch einer solchen nicht ungerechtfertigt erscheinen. Er soll im folgenden unternommen werden unter Beschränkung auf die Bestimmungen, die eine spezifisch aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder nach der zivilrechtlichen Seite für den Hergang der Gründung aufstellen. Da sich diese Materie in den zahlreichen Werken über das alte, neuere und neueste Aktienrecht ziemlich zerstreut behandelt vorfindet, so dürfte auch der Gesichtspunkt der Übersichtlichkeit und des Zusammenhanges für den vorliegenden Versuch sprechen.

---

[18]) Hahn, Materialien Bd. 6 S. 297.

Erster Teil.

# Die Haftung für die Gründungsvorgänge.

§ 2.

## Das Gründungsstadium.

Das rechtliche Dasein einer Aktiengesellschaft beginnt mit dem Augenblick, in dem die Eintragung ihrer Firma in das Handelsregister ihres Sitzes erfolgt ist. Erst von diesem Zeitpunkt an besteht sie „als solche", d. h. als das selbständige Rechtssubjekt, das wir als Aktiengesellschaft bezeichnen.[19]) Die Aktiengesellschaft wird also gewissermaßen mit einem Schlage geschaffen; der Akt, der sie zum Leben bringt und ihr Rechts- und Verkehrsfähigkeit verleiht, ist ein kurzer, umfaßt lediglich die zur Eintragung erforderliche Zeit.

Nun hat sich das Aktiengesetz das System der Normativbestimmungen zu eigen gemacht, d. h. es vertritt den Grundsatz, daß einer Aktiengesellschaft die Rechtsfähigkeit nur dann erteilt werden kann,[20]) wenn sie gesetzlich bestimmten Mindestanforderungen genügend befunden worden ist. Da naturgemäß die verlangten Voraussetzungen unmöglich in der kurzen, für die Eintragung erforderlichen

[19]) HGB. § 200.

[20]) Dann aber auch erteilt werden muß.

Zeit geschaffen werden können, muß notwendig dem Eintragungsakte ein Zeitraum vorausgehen, in dem auf Erfüllung der zur Eintragung unerläßlichen Bedingungen hingearbeitet wird.

Dieser Zeitraum, gewöhnlich als Gründungsstadium bezeichnet, beginnt mit dem Augenblick, in dem der Entschluß, eine Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen, erstmalig durch eine auf ihre Schaffung hinzielende Handlung betätigt worden ist. Er läßt sich demjenigen vergleichen, innerhalb dessen sich der nasciturus im Mutterleibe befindet.[21]) Hier wie dort handelt es sich darum, die äußere Form für ein Wesen, einen Begriff zu gewinnen, dem nach Vollendung dieser Form durch einen kurzen Akt Selbständigkeit und Verkehrsfähigkeit verliehen werden soll.[22])

Die Tätigkeit der Personen, die die Entstehung einer Aktiengesellschaft vorbereiten, trägt im Gründungsstadium einen doppelten Charakter. Zunächst muß es darauf ankommen, die naturgemäßen Lebensbedingungen und die die Begriffsmerkmale der Aktiengesellschaft als der reinsten Form der Realassoziation bildenden Einrichtungen zu schaffen. Hierbei kommen in Frage: Name, Sitz und Gegenstand des Unternehmens, Art und Umfang des Betriebes, Aufbringung und Zerlegung des Grundkapitals in Aktien, Aufsuchen der Abnehmer für letztere, Entscheidung über die Zusammensetzung des leitenden Organes, Regelung des Verhältnisses der Gesellschaftsmitglieder zur Gesellschaft und zueinander — kurz alles das, was praktisch unerläßlich ist, um eine Aktiengesellschaft zu befähigen, am Ende des Gründungsstadiums ihre Tätigkeit aufzunehmen. Nach dieser Richtung wird sich vorzugsweise die Tätigkeit der Gründer bewegen, da es für diese in erster Linie nur

---

[21]) Gareis S. 119 bezeichnet das Gründungsstadium als „Zeugungsakt", die Eintragung als den „Geburtsakt" (S. 121).

[22]) Darin zeigt sich die rechtsbegründende Wirkung der Eintragung.

darauf ankommt, die von ihnen erstrebte Gesellschaft äußerlich aufzubauen.[23])

Mit Schaffung der natürlichen Lebensbedingungen war früher die Fürsorge für die Gesellschaft im wesentlichen erschöpft. Je zahlreichere Anwendung indessen die Aktiengesellschaft als Gesellschaftsform fand und je mehr sich infolgedessen das Aktienrecht entwickelte, mit desto größerem Nachdruck ist die Entwicklung einer weiteren, zu der eben erwähnten in einem gewissen Gegensatz stehenden Tätigkeit im Gründungsstadium vom Gesetzgeber gefordert worden. Dieses Verlangen entsprang dem erklärlichen Bestreben, Sicherheiten für das tatsächliche Vorhandensein der zur Entstehung einer Aktiengesellschaft erforderlichen natürlichen Voraussetzungen zu gewinnen, um dadurch, soweit überhaupt menschliche Vernunft und Voraussicht auf die Gestaltung der Zukunft einzuwirken vermag, ein gedeihliches Fortbestehen und eine gefahrlose Weiterentwicklung der Gesellschaft zu gewährleisten.

Es lag nahe, eine Maßregel dieser Art darin zu finden, daß, wie es vom Gesetzgeber geschehen ist, alle Personen, die vor dem Entstehen der Gesellschaft auf ihren vermögensrechtlichen Zustand im Augenblicke der Eintragung einen Einfluß auszuüben in der Lage sind, verpflichtet werden, nach bestem Können für eine sorgfältige Fundierung des zu errichtenden Instituts Sorge zu tragen; denn mit der gesetzlichen Auferlegung dieser Verpflichtung ist die Möglichkeit gegeben, sich bei Eintritt von Schädigungen, deren Ursachen vor der Eintragung der Gesellschaft zu suchen sind, an die Personen zu halten, die im Gründungsstadium tätig zu werden hatten.

Wenn das Gesetz eine Verantwortlichkeit für die Gründung einer Aktiengesellschaft, worunter es alle auf deren Entstehung hinzielenden Vorgänge versteht, in den

---

[23]) vgl. RG. in Zivils. Bd. 24 S. 21 ff.

§§ 202—204 für die Gründer, Gründergenossen, Emittenten und Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates aufstellt, so ist zu beachten, daß nur die ersten beiden Personengruppen unmittelbar an der Gründung beteiligt sind, die übrigen aber ihr an sich fernstehen.[24])

Insbesondere kann im Gründungsstadium von dem Vorhandensein eines Aufsichtsrats nicht gesprochen werden; denn da er ein Organ der Aktiengesellschaft ist und diese als solche erst mit der Eintragung ihrer Firma zu existieren beginnt, so vermag auch begrifflich vor diesem Zeitpunkte der Aufsichtsrat, das Organ zur Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft, nicht zu bestehen und als solcher nicht haftbar gemacht zu werden. Insofern ist es unrichtig, zum mindesten ungenau, wenn das Gesetz auch für das Gründungsstadium von einem Aufsichtsrate spricht. Wenn gleichwohl der Gesetzgeber dazu gelangt ist, den Aufsichtsratsmitgliedern eine Gründerverantwortlichkeit aufzubürden, so ist das darauf zurückzuführen, daß die Personen, die den künftigen Aufsichtsrat bilden sollen, bereits vor der Eintragung der Gesellschaft vorhanden sind; denn um nach vollzogener Eintragung ihre Tätigkeit als Aufsichtsrat der Gesellschaft sofort beginnen zu können, sind sie zwischen der Übernahme oder Zeichnung der Aktien und der Anmeldung zum Handelsregister, also noch im Gründungsstadium, zu wählen.[25]) Diese Designation der Aufsichtsratsmitglieder hat dann zur Sicherung der Gesellschaft in der Weise Verwendung gefunden, daß den Gewählten eine bestimmte, vor der Eintragung vorzunehmende Tätigkeit

---

[24]) Die Emittenten haften unabhängig davon, ob sie bei der Gründung der Gesellschaft tätig geworden sind oder nicht, zufolge der vom Gesetz aufgestellten unwiderleglichen Vermutung, daß sie „die leitende und bewegende Kraft der Gründung" und dadurch Mitbegründer seien. Schmidt S. 3; Siebenhüner S. 2; Staub zu § 203 S. 619.

[25]) HGB. § 190.

zugewiesen und ihnen dadurch die Möglichkeit einer Einwirkung auf den vermögensrechtlichen Zustand der Gesellschaft im Momente ihrer Eintragung eröffnet worden ist.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats stehen also im Gegensatz zu den Gründern und Gründergenossen als den zum Handeln im Gründungsstadium naturgemäß Berufenen nur künstlich mit der Gründung im Zusammenhang, und die Haftung, die ihnen daraus erwachsen kann, ist eine ihrem Wesen als Aufsichtsratsmitglieder an sich fremde. Ein Gegensatz besteht auch hinsichtlich der Art der Tätigkeit, die im Gründungsstadium von den Gründern und Gründergenossen einerseits und den Aufsichtsratsmitgliedern andererseits entwickelt wird; denn während erstere im Vorwärtsdrängen und selbständigen Schaffen ihrem Ziele, der Eintragung der Gesellschaft, rasch zusteuern können, muß die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder auf das seitens der Gründer Geschaffene zurückblicken und es prüfen.[26]) Insofern sie auf Nachprüfung und Überwachung gerichtet ist und erst vorgenommen werden kann, nachdem andere Personen gehandelt haben, berührt sich die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder im Gründungsstadium mit der, die ihnen nach Eintragung der Gesellschaft der Geschäftsführung des Vorstandes gegenüber obliegt.

Im übrigen aber sind die beiden Arten ihrer Tätigkeit vor und nach der Eintragung unabhängig voneinander und tragen durchaus verschiedenen Charakter. Den im Gründungsstadium als „Mitglieder des Aufsichtsrats" auftretenden Personen kommt streng genommen diese Bezeichnung gar nicht zu, da sie zwar der Persönlichkeit nach mit den nach der Eintragung tätig werdenden Aufsichtsratsmitgliedern übereinstimmen, nicht aber dem Wesen nach. Ihre Tätigkeit im Gründungsstadium entspringt selbständigen Erwägungen und Gesichtspunkten, beruht auf besonderen

[26]) Mot. I S. 164.

gesetzlichen Bestimmungen, und die ihnen aus ihr erwachsende Haftung unterliegt einer eigenen rechtlichen Beurteilung. Vor allem stehen die im Gründungsstadium auftretenden Personen, also auch die Aufsichtsratsmitglieder, in keinem Vertragsverhältnisse zu der noch gar nicht bestehenden Gesellschaft;[27]) die sie aus der Gründung treffende Verantwortlichkeit ist keine kontraktliche, sondern eine außerkontraktliche, ihnen im öffentlichen Interesse auferlegte.[28])

§ 3.

## Die zu vertretenden Umstände.

### a) Die Prüfung des Gründungsherganges.

Die von den Aufsichtsratsmitgliedern im Gründungsstadium zu entwickelnde Tätigkeit besteht nach § 192 in einer „Prüfung des Gründungsherganges". Mit dieser Bestimmung lehnt das Gesetz die von einigen Gesetzgebungen[29]) vertretene Auffassung ab, wonach die Aufsichtsratsmitglieder schlechthin für Mängel aus der Gründung verantwortlich gemacht werden können, und gibt eine feste Umgrenzung der ihnen vor der Eintragung der Gesellschaft obliegenden Pflichten. Nach deren in bestimmt schuldhafter Weise erfolgter schädigender Verletzung allein bemißt sich die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Gründung.[30]) Dadurch unterscheidet sie sich von der die Gründer, Gründergenossen und Emittenten treffenden Verantwortlich-

---

[27]) Schmidt S. 4; Pinner zu § 202 I.

[28]) Pinner zu § 204 II Ziff. 3; Nieden S. 48, 49; RG. in Zivils. Bd. 5 S. 21; a. M. nur Staub zu § 204 Anm. 4 S. 622, der in der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder einen mit den Gründern abgeschlossenen Dienstvertrag zur Besorgung von Geschäften erblickt.

[29]) vgl. Lehmann Bd. 1 S. 485.

[30]) Mot. I S. 191.

keit, für die neben den positiven gesetzlichen Bestimmungen noch die allgemeinen Gesichtspunkte für außerkontraktliches Verschulden in Frage kommen.

Aus der kategorischen Bestimmung „die Aufsichtsratsmitglieder haben den Hergang der Gründung zu prüfen" folgt, daß die Vornahme der Prüfung nicht dem Gutdünken der Prüfungspflichtigen unterliegt, sondern mit zwingender Notwendigkeit bei jeder Gründung vorgenommen werden muß, einerlei, ob sie den Aufsichtsratsmitgliedern überflüssig erscheint oder nicht, gleichgültig, ob eine Simultan- oder eine Sukzessivgründung vorliegt[31]) oder ob noch eine besondere Prüfung durch Revisoren stattzufinden hat.

Träger der Prüfungspflicht ist nicht der Aufsichtsrat als Organ — er besteht als solcher noch nicht —, sondern die Gesamtheit der einzelnen Mitglieder. Jedes der zukünftigen Glieder hat selbständig und erschöpfend zu prüfen, so daß ebenso viele dem Umfange nach übereinstimmende Einzelprüfungen stattzufinden haben, als Aufsichtsratsmitglieder gewählt worden sind. Damit ist eine Geschäftsverteilung unter den Prüfungspflichtigen im Prinzip ausgeschlossen, und kein Mitglied kann sich damit entschuldigen, der Prüfung durch die übrigen enthoben gewesen zu sein. Insofern ist die Ausdrucksweise des Gesetzes ungenau, wenn es im § 193 Abs. 3 von einer „dem Vorstand und Aufsichtsrat in Ansehung der Gründung obliegenden Prüfung" spricht. Da die Verpflichtung zur Prüfung eine höchst persönliche ist, der Wert der letzteren oft gerade in den Persönlichkeiten, von denen sie vorgenommen wird, liegt, so darf sie nicht durch Stellvertreter erfolgen. Der Grundsatz der selbständigen Prüfung des einzelnen schließt indes nicht aus, daß die Mitglieder aus praktischen Gründen sich zu gemeinsamer Prüfung vereinigen oder daß bei

[31]) Über die verschiedene Bedeutung der Prüfung bei Simultan- und bei Sukzessivgründung vgl. Hergenhahn (Gruchot 1892) S. 621ff.; Petersen und v. Pechmann S. 352.

Prüfung einer besondere Sachkenntnis erfordernden Frage ein Mitglied, das über diese verfügt, mit der Vornahme von Erörterungen beauftragt wird. Stets ist aber dabei zu bedenken, daß eine derartige vereinigte Prüfung so viele eigene Einzelprüfungen darstellen muß, als sich Mitglieder der Prüfung des Gründungsherganges zu unterziehen haben, und daß die von einem beauftragten Mitgliede vorgenommene Prüfung die übrigen vor dem Vorwurfe verabsäumter Prüfung nur dann zu bewahren vermag, wenn ihnen das von dem einzelnen gewonnene Prüfungsergebnis genügend zugängig gemacht worden ist, sie es nachgeprüft und unter seiner Zugrundelegung durch weitere eigene Prüfung sich selbst eine auf persönlicher Überzeugung beruhende Meinung über den Hergang der Gründung gebildet haben.

Den Gegenstand der Prüfung bildet der „Hergang der Gründung". Wenn es sich um Feststellung des „Herganges" eines Ereignisses handelt, so kommt es darauf an, zu ergründen, wie sich die verschiedenen tatsächlichen Einzelvorgänge, die in ihrer Gesamtheit das Ereignis darstellen, nach Art, Zeit, Reihenfolge, Zusammenhang, Verhältnis zueinander und zu anderen Vorgängen abgespielt haben. Unter „Hergang der Gründung" hat man demnach alles das zu verstehen, was zum Zwecke der Gründung der Aktiengesellschaft geschehen ist,[32]) darunter besonders das, was die Gründer und Gründergenossen in der Absicht vorgenommen haben, eine neue Gesellschaft zur Entstehung zu bringen.

Wenn das Gesetz von den Aufsichtsratsmitgliedern kurzweg die Prüfung „des Gründungsherganges" fordert, so verlangt es damit, daß sich die Prüfung auf den gesamten Hergang beziehen, daß sie ihn „von dem ersten

---

[32]) „Die gesamten tatsächlichen Vorgänge, welche mit der Gründung im Zusammenhang stehen." Bericht S. 8.

Keime, wie er in den Statuten vorhanden ist, bis zu der konstituierenden Generalversammlung“ begleiten muß.[33]) Darüber herrscht gegenwärtig in der Literatur Übereinstimmung im Gegensatz zu früher, wo bezüglich des den §§ 192 Abs. 1, 193 entsprechenden Art. 209h der Novelle von 1884 von den einen angenommen wurde, sein Abs. 2 und 3 bilde die erläuternde Ausführung des Abs. 1 und die Aufsichtsratsmitglieder hätten ihrer Pflicht in vollem Umfange genügt, wenn sie die im Abs. 2 und 3 namhaft gemachten einzelnen Gründungsvorgänge geprüft hätten,[33a]) während andere die Ansicht vertraten, daß Abs. 2 und 3 zu Abs. 1 nur im Verhältnis der beispielgebenden Aufzählung zum Ganzen stehe und demnach die Prüfungspflicht mit einer Prüfung der genannten Einzelvorgänge keineswegs erschöpft sei. Indem jetzt § 193 Abs. 1 Satz 1 vorschreibt, daß sich die Prüfung „insbesondere“ auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Gründerangaben über die daselbst angegebenen Vorgänge zu erstrecken habe, werden lediglich einzelne Punkte hervorgehoben, die vor allem ins Auge zu fassen sind. Ein weiterer Beweis dafür, daß sich das Gesetz zur erweiterten Prüfungspflicht bekennt, ist darin enthalten, daß der nach § 193 Abs. 2 zu erstattende schriftliche Bericht „unter Darlegung der im Abs. 1 bezeichneten Umstände“ zu erfolgen hat, ein Zusatz, der zwecklos wäre, wenn die im Abs. 1 hervorgehobenen Punkte den alleinigen Prüfungsgegenstand bildeten.

Das Gesetz bringt nicht zum Ausdruck, was es unter Prüfung verstanden haben will. Im allgemeinen soll, wenn etwas zu prüfen ist, seine wahre Beschaffenheit festgestellt werden. Eine Prüfung des Gründungsherganges läuft demnach darauf hinaus, daß sich die Aufsichtsratsmitglieder ein wahrheitsgetreues Bild davon verschaffen, wie er sich

---

[33]) Mot. I S. 167.

[33a]) u. a. Schmidt S. 66, 67; Ring zu Art. 209h Ziff. 5 S. 240.

in Wirklichkeit abgespielt hat. Um zu diesem Ziele zu gelangen, würden an sich die Prüfungspflichtigen auf sich selbst angewiesen sein und aus eigener Kraft selbständig zu erforschen und festzustellen haben, was sich an Gründungsvorgängen zugetragen hat und wie es dabei zugegangen ist. Das hieße aber von ihnen beinahe Unmögliches verlangen, namentlich dann, wenn sie nicht selbst zu den Gründern und Gründergenossen gehören. Es kann ihnen nicht zugemutet werden, ohne Hinweis alles das zu ergründen, was in Wirklichkeit geschehen ist; vieles davon entzieht sich überhaupt der nachträglichen Feststellung durch daran nicht unmittelbar beteiligte Personen, und anderes kann nur mit geringer Gewähr für Richtigkeit und unverhältnismäßigem Aufwand an Zeit und Kosten selbstständig nachgeprüft werden.

Zufolge dieses Übelstandes sind die Aufsichtsratsmitglieder darauf angewiesen, von den Angaben auszugehen, die von den unmittelbar Beteiligten über die Gründung gemacht werden. Ihrer müssen sie sich praktischerweise allenthalben als Unterlage bedienen, um zu einem größerer Klarstellung des Gründungsherganges dienenden Prüfungsergebnisse zu gelangen. Derartige Gründerangaben bieten sich zunächst in dem urkundlichen Material, das kraft gesetzlicher Forderung über einzelne Vorgänge zu ergehen hat und das in seiner Gesamtheit den Gründungsverlauf in der Hauptsache wiedergibt oder wenigstens wiedergeben soll. Es kommen hier in Betracht: der Gesellschaftsvertrag und die notariellen oder gerichtlichen Protokolle über die seinen Inhalt feststellenden Verhandlungen sowie über diejenigen Nachtragsverhandlungen, durch die nicht bereits bei Feststellung des Gesellschaftsvertrages übernommene Aktien von den Gründern noch übernommen werden; die im Falle des § 186 geschlossenen Verträge, falls nicht bereits der Gesellschaftsvertrag die auf jene Festsetzungen hinzielenden Vereinbarungen enthält; die Berechnungen,

die den nach § 186 Abs. 3 im Gesellschaftsvertrag nur in seiner Gesamtsumme anzugebenden Gründungsaufwand spezialisieren; die Protokolle über die Wahl des Vorstands und Aufsichtsrats; die Zeichnungsscheine; das Verzeichnis der Aktionäre mit Angabe der auf jeden entfallenden Aktien und der auf diese erfolgten Einzahlungen; die staatliche Genehmigungsurkunde, falls das Unternehmen der staatlichen Erlaubnis bedarf. Zu diesen Unterlagen, die in erster Linie für die Generalversammlung und den Registerrichter bestimmt sind, treten noch die speziell an die Prüfenden gerichteten schriftlichen Erklärungen, worin die Gründer nach § 191 im Falle der qualifizierten Gründung die wesentlichen Umstände darzulegen haben, von denen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge abhängt.

An der Hand dieser Unterlagen wird es den Prüfungspflichtigen verhältnismäßig leicht werden, zu einem sicheren Bilde über den Gründungshergang zu gelangen. Ihr hoher Wert muß es als erste Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder erscheinen lassen, sich bei Beginn der Prüfung über das Vorhandensein urkundlichen Materials zu unterrichten. Erscheint ihnen das vorhandene nicht genügend, um aus ihm ein klares und glaubwürdiges Bild zu gewinnen, so steht es ihnen frei, weitere mündliche oder schriftliche Angaben über die Gründung, besonders über die Beschaffung und Sicherung des Grundkapitals, von den Gründern zu fordern. Es ist, wie im Kommissionsbericht wiederholt anerkannt worden ist, für die Prüfung gleichgültig, „ob die Angaben sich in den Statuten oder in anderen Schriftstücken vorfinden oder durch weitere Rückfragen bei den Gründern hervorgerufen werden; immer gewähren sie die Unterlage für die vorzunehmende Prüfung“.[34])

Die Gründer sind verpflichtet, jede geforderte Aus-

[34]) Bericht S. 9.

kunft zu erteilen und das verlangte urkundliche Material vorzulegen. Auch die Angaben sind den Aufsichtsratsmitgliedern zur Verfügung zu stellen, die nach § 195 erst vor oder bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister, also zu einem Zeitpunkte, zu dem die Prüfung bereits beendet sein muß, zu machen sind; denn gerade diese Angaben bilden für die Prüfenden den Ausgangspunkt bei ihren Ermittlungen über den Hauptgegenstand der Prüfung: das Zustandekommen des Grundkapitals. Wären sie, wie angenommen worden ist,[35]) der Prüfung entrückt, so würde sich das widersinnige Resultat ergeben, daß den Aufsichtsratsmitgliedern das Material vorenthalten bliebe, dessen sie zur Erzielung einer erschöpfenden Prüfung am dringendsten benötigen.[36])

Wenn „prüfen" bedeutet, die wahre Beschaffenheit des Gründungsherganges feststellen, so muß es, insoweit die Aufsichtsratsmitglieder von Gründerangaben ausgehen können, für sie darauf ankommen, das Verhältnis zu bestimmen, in dem das aus den Gründerangaben zu entnehmende Bild über die einzelnen Gründungsvorgänge zu dem steht, welches sie in Wirklichkeit geboten haben. Dieses Verhältnis läßt sich nur durch eine Gegenüberstellung der Gründerangaben mit der Auffassung gewinnen, die die Aufsichtsratsmitglieder durch eigene Nachforschung von den tatsächlich zugrunde liegenden Vorgängen bereits erlangt haben oder die sie sich nach Erhalt der Gründerangaben umgehend verschaffen müssen. Es läuft also die Prüfung im wesentlichen auf eine Vergleichung hinaus.

Eine Vergleichung kann nach den verschiedensten Richtungen vorgenommen werden.

Anlangend die Frage, nach welchen Gesichtspunkten die den Aufsichtsratsmitgliedern obliegende Prüfung zu

---

[35]) Schmidt S. 66, 67.

[36]) So auch Hergenhahn (bei Gruchot 1892) S. 637, 638; Petersen und v. Pechmann S. 354; Siebenhüner S. 30.

erfolgen hat, so ist davon auszugehen, daß es das Gesetz grundsätzlich ablehnt, von den Prüfungspflichtigen ein Gutachten darüber zu verlangen, wie die durch die Gründungsvorgänge geschaffenen technischen, kaufmännischen und finanziellen Grundlagen auf das rechtliche und wirtschaftliche Leben der zu errichtenden Aktiengesellschaft voraussichtlich wirken werden. Vielmehr soll entsprechend dem Prinzip der Normativbestimmungen im allgemeinen die Prüfung formeller Natur und zunächst darauf gerichtet sein, ob äußerlich betrachtet die Gründerangaben mit dem Gründungshergang übereinstimmen und ob die formellen Bedingungen erfüllt sind, von deren Vorhandensein das Gesetz die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister abhängig macht.

Dementsprechend ist in erster Linie auf Form und Inhalt des Gesellschaftsvertrags einzugehen. Erstere muß zur Vermeidung der Nichtigkeit des Vertrags den Anforderungen des § 182 Abs. 1 entsprechen, letzterer die ebenda Abs. 2 angeführten Punkte, gegebenenfalls die Vereinbarungen über Gründervorteile, Apports und Gründungsaufwand enthalten.

Sodann hat die Prüfung sich mit der Wahl der Gesellschaftsorgane zu befassen, wobei nichts dem entgegensteht, daß die Aufsichtsratsmitglieder darüber Ermittlungen anstellen müssen, ob ihre eigene Wahl ordnungsgemäß erfolgt ist.[37])

Werden im Falle eines besonderen örtlichen Bedürfnisses für ein gemeinnütziges Unternehmen oder für ein solches, auf dessen Aktien das Reich, ein Bundesstaat, ein Kommunalverband oder eine sonstige Körperschaft einen bestimmten Betrag gewährleistet hat, Kleinaktien im Sinne des § 180 Abs. 2 ausgegeben, so haben die Prüfenden ihr Augenmerk auf das Vorhandensein der erforderlichen

---

[37]) Küntzel S. 35, 36.

bundesrätlichen Genehmigung zu richten und gegebenenfalls Vorlage der sie enthaltenden Urkunde zu fordern. Das gleiche gilt für die staatliche Genehmigung, die nach § 195 Abs. 2 Ziff. 6 wegen des Gegenstandes des Unternehmens erforderlich sein kann. Auch muß geprüft werden, ob bezüglich der sogen. vinkulierten Namensaktien der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung enthält, wonach ihre Übertragung entsprechend §§ 180 Abs. 3, 222 Abs. 2 u. 4 an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist.

Indes ist die Prüfung der Gründerangaben nicht derartig formell zu gestalten, daß nicht auch eine materielle Prüfung in der Richtung stattzufinden hat, ob sie tatsächlich richtig und vollständig sind.[38]) Zwar verlangt das Gesetz ein Eingehen auf Richtigkeit und Vollständigkeit ausdrücklich nur hinsichtlich der im § 193 Abs. 1 aufgeführten Angaben, so daß es scheinen könnte, als erübrige sich bezüglich der anderweiten Gründerangaben eine Prüfung nach diesen Richtungen; vergegenwärtigt man sich jedoch einerseits, daß die im § 193 Abs. 1 genannten Gründerangaben und -erklärungen sich sämtlich auf die Beschaffung und Sicherung des Grundkapitals, also auf einen Faktor beziehen, der wegen seiner außerordentlichen Wichtigkeit für das zu schaffende Rechtssubjekt einen besonderen Hinweis auf Prüfung nach Richtigkeit und Vollständigkeit rechtfertigt, und erwägt man andererseits, daß ein Eingehen auf diese beiden Gesichtspunkte das mindeste ist, was von der Prüfung irgendwelcher Gründerangaben gefordert werden muß, soll anders sie nicht zu einer reinen Formalität herabsinken und eines nennenswerten Inhaltes entbehren, so muß man zu dem Ergebnisse gelangen, daß nicht nur die ausdrücklich hervorgehobenen, sondern alle Gründer-

---

[38]) Hergenhahn (bei Gruchot 1892) S. 636; Anschütz und v. Völderndorff S. 453; Staub zu § 193 Anm. 1 S. 592; Küntzel S. 34.

angaben, die den Aufsichtsratsmitgliedern zugehen, auf Richtigkeit und Vollständigkeit anzusehen sind. Sollen die Gründerangaben auf ihre „Richtigkeit" geprüft werden, so kommt es darauf an, den Grad der sachlichen Übereinstimmung des aus ihnen über die Gründungsvorgänge zu entnehmenden Bildes mit den Tatsachen festzustellen, die sich im Gründungsstadium in Wahrheit zugetragen haben. Eine Prüfung auf „Vollständigkeit" bezweckt hingegen die Erlangung von Gewißheit darüber, ob das, was die Gründer angegeben haben, auch genügt, um die betreffenden Vorgänge klarzustellen und zu kennzeichnen, ob sich aus ihm dem Umfange nach tatsächlich das Bild entnehmen läßt, welches die zugrunde liegenden Vorgänge in Wirklichkeit geboten haben.[39]) Während also die Prüfung auf Richtigkeit eine Nachforschung in qualitativer Hinsicht bedeutet, enthält die auf Vollständigkeit eine solche nach Seiten der Quantität. Weiterhin bildet bei ersterer den alleinigen Maßstab die objektive Wahrheit. Hier arbeiten die Aufsichtsratsmitglieder gewissermaßen mit feststehenden, gegebenen Größen: den Gründerangaben einer- und den tatsächlichen Vorgängen andererseits, und demzufolge muß streng genommen das Endergebnis, die Feststellung davon, ob und inwiefern die Gründerangaben von den tatsächlichen Vorgängen abweichen, bei allen Prüfenden gleich ausfallen, natürlich vorausgesetzt, daß ein jeder sorgfältig verglichen hat. Anders verhält es sich bei der Prüfung auf Vollständigkeit. Hier tritt auf seiten der Prüfenden ein subjektives und daher wechselndes Moment hinzu: das Entscheiden darüber, ob in den Angaben der Gründer alles enthalten ist, was zur klaren Skizzierung der Vorgänge, die durch sie getroffen werden sollen, notwendig ist. Die Entscheidung darüber hängt von der persönlichen Auffassung des einzelnen ab und vermag daher sehr verschieden

---

[39]) Hergenhahn (bei Gruchot 1892) S. 637; Schmidt S. 66.

auszufallen, so verschieden, daß es an einem einheitlichen Prüfungsergebnisse hinsichtlich der Vollständigkeit fehlen und eine richterliche Entscheidung über die Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit von Gründerangaben bezüglich des streitigen Punktes erforderlich werden kann. Zuzugeben ist, daß, wie bereits der Bericht angedeutet hat, eine strenge Scheidung der Begriffe Richtigkeit und Vollständigkeit oft schwierig, sogar unmöglich ist und daß es in vielen Fällen geradezu unzulässig erscheinen muß, sie zu trennen und die Prüfung sich nur nach der einen oder der anderen Richtung bewegen zu lassen.

Die Zweifel, die während der Geltung der zweiten Aktiennovelle darüber bestanden, ob die Prüfenden auch auf die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge einzugehen haben, sind vom Gesetz durch die Bestimmung des § 193 Abs. 1 S. 2 endgültig in bejahendem Sinn entschieden worden.[40]) Damit werden die Aufsichtsratsmitglieder ausnahmsweise zu „urteilenden Kontrollpersonen“,[41]) die nicht nur die von den Gründern gemäß § 191 schriftlich zu unterbreitenden Tatsachen zu prüfen haben, von denen die Höhe der gewährten Beträge angeblich abhängt, sondern die auch zu ermitteln versuchen müssen, ob nach Lage der Verhältnisse die angeführten Tatsachen geeignet sind, die Höhe der als gewährt eingesetzten Beträge zum Wohle der Gesellschaft zu rechtfertigen. Es stehen damit die Aufsichtsratsmitglieder einer Aufgabe gegenüber, die ihnen bereits die Novelle von 1884 zugedacht, schließlich aber „mit Rücksicht auf den zweifelhaften Wert eines solchen Urteils und da die Abgabe eines solchen den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrats nicht zuzumuten sei“, vorenthalten hatte. Die Mittel, zu einer Entscheidung über

[40]) So bereits früher Petersen u. v. Pechmann S. 354, 355; v. Völderndorff S. 367 Note 11.

[41]) Ring zu Art. 209h Ziff. 4 S. 239.

die Angemessenheit zu gelangen, bietet ihnen neben der eigenen Erfahrung und Sachkenntnis die Heranziehung von Sachverständigen und Taxatoren, deren Auslassungen sie nach Möglichkeit nachzuprüfen und ihrem eigenen Gutachten beizufügen haben.[42])

Bei Untersuchung der Angaben über Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals wird die Frage nach der Zahlungsfähigkeit der Zeichner auftauchen, von der das Gesetz nicht angibt, ob sie von den Aufsichtsratsmitgliedern in den Bereich der Prüfung einzubeziehen ist.

Im allgemeinen wird man von ihnen nicht fordern können, sich mit der Zahlungsfähigkeit der Zeichner zu befassen, das verbietet schon der sich dadurch ergebende Aufwand an Kosten und Zeit, abgesehen davon, daß die Prüfenden in den meisten Fällen garnicht imstande sein werden, sich über die Vermögensverhältnisse der ihnen oft völlig fremden Zeichner Aufschluß zu verschaffen. Sie würden sich in der Hauptsache mit Auskünften Dritter begnügen müssen, mit denen mangels Möglichkeit ihrer Nachprüfung auch nicht viel gewonnen ist. Infolgedessen wird man sich darauf zu beschränken haben, die Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich nur zur Prüfung von Form und Inhalt der Zeichnungsscheine und Zeichnerliste ohne ein Eingehen auf die Persönlichkeit der Zeichner für verpflichtet anzusehen.[43]) Machen allerdings die Gründer ausdrückliche Angaben über die Zahlungsfähigkeit der Zeichner oder entstehen im Laufe der Prüfung irgend welche Bedenken darüber, ob die Personen, die sich in

---

[42]) Goldmann zu § 193 Anm. 1 Ziff. 5.

[43]) So auch Ring zu Art. 209h S. 241 Ziff. 7; Küntzel S. 35; Siebenhüner S. 31; Goldmann zu § 193 Anm. 1 Ziff. 4; Lehmann u. Ring zu § 193 Nr. 2; Schmidt S. 68 Anm. 136; Staub zu § 193 S. 592 Anm. 2. — A. M.: Petersen u. v. Pechmann S. 356; v. Völderndorff S. 365 ff.; Anschütz u. v. Völderndorff S. 453 ff.; Pinner zu § 193 I S. 50.

den Listen als künftige Aktionäre eingetragen finden, imstande und willens sind, der durch die Zeichnung übernommenen Verpflichtung nachzukommen, so muß der Zahlungsfähigkeit nachgegangen werden; denn es würde mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes unvereinbar sein, wenn Hinweise der Gründer auf einen so bedeutsamen Punkt wie die Zahlungsfähigkeit der Zeichner ungeprüft blieben oder wenn die Aufsichtsratsmitglieder eigene Zweifel und Befürchtungen, daß es sich zufolge Mangels der Ernstlichkeit der Zeichnungserklärung oder offenkundiger Zahlungsunfähigkeit von Zeichnern um bloße Scheinzeichnungen handeln könne und damit das Grundkapital nicht voll aufgebracht worden sei, nicht beseitigen wollten. Im allgemeinen wird die Frage, ob und inwieweit die Zahlungsfähigkeit der Zeichner für den einzelnen Fall zu berücksichtigen gewesen wäre, nach der von den Prüfenden zu vertretenden Sorgfalt zu beantworten sein.

Unter Berücksichtigung des vorstehend Ausgeführten würde sich die Prüfung der Aufsichtsratsmitglieder im einzelnen folgendermaßen zu gestalten haben:[41])

In Ansehung der Zeichnung des Grundkapitals sind bei einer Simultangründung zu prüfen die Verhandlungen, in denen die Aktien von den Gründern übernommen worden sind, bei einer Sukzessivgründung außer den Übernahmeverhandlungen die Rechtsgültigkeit der Form und des Inhalts der Zeichnungsscheine sowie deren Zahl und doppeltes Vorhandensein, um festzustellen, ob der nicht übernommene Teil des Grundkapitals durch die Zeichnung gedeckt ist.

Zur Prüfung der Gründerangaben über die Einzahlung des Grundkapitals machen sich, soweit nicht andere als durch Barzahlungen zu leistende Einlagen, also keine

[41]) Über Einzelheiten vgl. Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1892) S. 638ff., 737ff.; Schmidt S. 68ff.; Goldmann zu § 193 Anm. 1 Ziff. 3; Tscharmann S. 35; Ring zu Art. 209h S. 240ff.; Kayser zu Art. 209h S. 91.

Sacheinlagen bedungen sind, Nachforschungen darüber erforderlich, ob auf jede ausgegebene Aktie die statutenmäßig geforderten Beträge, mindestens also ein Viertel ihres Nennbetrags, bei Emissionen über pari, ob auch das Agio bar, d. h. in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen und in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken, eingezahlt und im Besitze des Vorstands ist sowie ob die geleisteten Einzahlungen den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über den Ausgabekurs entsprechen.

Bei Sacheinlagen und -übernahmen ist das Vorhandensein und die Beschaffenheit des als Einlage bezw. zur Übernahme dienenden Gegenstands zu prüfen und festzustellen, ob die Tatsachen vorliegen, die die Angemessenheit der Höhe der für die Einbringung gewährten Beträge rechtfertigen sollen.

Da der Gründungsaufwand im Statut zwar gesondert, aber nur seiner Gesamtsumme nach angegeben zu werden braucht, so ist zunächst von den Aufsichtsratsmitgliedern zu ermitteln, ob er in seinen einzelnen Teilen tatsächlich zu dem angeführten Gesamtbetrage entstanden ist. Zu diesem Zwecke bedarf es einer Prüfung der Belege für die einzelnen Beträge und weiterhin eines Eingehens darauf, ob die aus diesen Belegen zu folgernden Vorgänge, z. B. die Vorarbeiten, Beschaffung von Lokalitäten, Arbeitskräften, Abschlüsse von Verträgen u. a., in Wirlichkeit stattgefunden, Kosten in der aus den Rechnungen, Quittungen und sonstigen Unterlagen ersichtlichen Höhe verursacht haben und ob diese Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind oder den Gründern oder Dritten zur Last fallen. Hinsichtlich der behaupteten Gewährung von Gründervorteilen ist das Augenmerk darauf zu richten, ob die im Gesellschaftsvertrag angeführten Entschädigungen oder Belohnungen den darin bezeichneten Personen im gleichen Umfang und in der gleichen Form tatsächlich gewährt werden sollen. Nicht erforderlich ist ein Eingehen darauf, ob außer den angegebenen noch

weitere Vorteile zugesagt worden sind, noch darauf, ob die festgesetzten Beträge den Leistungen, für die sie gewährt werden, entsprechen.

Hinsichtlich der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen ist darnach zu sehen, ob sie in gleichem Umfange, wie in den Gründerangaben behauptet wird, im Gesellschaftsvertrage enthalten sind und darin den im § 186 aufgestellten Anforderungen entsprechen.

### b) Die Berichterstattung.

Meinen die Aufsichtsratsmitglieder, ihrer Prüfungspflicht hinreichend genügt zu haben, so müssen sie zur Abfassung des im § 193 Abs. 3 geforderten Berichtes schreiten. Dieser ist schriftlich zu erstatten; er richtet sich an den Richter, bei dem die Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zu erfolgen hat und dem er bei Bewirkung der Anmeldung einzureichen ist, nicht aber an die im Falle der Sukzessivgründung einzuberufende Gründerversammlung, in der er allerdings insofern eine Rolle spielt, als er gemäß § 196 Abs. 3 eine Grundlage für die darin von den Aufsichtsratsmitgliedern abzugebenden Erklärungen bildet.

Der Bericht hat sich „über die Prüfung unter Darlegung der im Abs. 1 (des § 193) bezeichneten Umstände" auszusprechen; nach Art und Weise sowie Umfang, in denen die Prüfung vorgenommen worden ist, bestimmt sich somit sein Inhalt. Damit wird kein umfassendes Schriftstück über den gesamten Gründungshergang gefordert, in dem etwa der Gesellschaftsvertrag, die verschiedenen Gründererklärungen und die sonstigen Prüfungsunterlagen vereinigt wiederzugeben sind, sondern lediglich eine kurze objektive Darstellung des Prüfungsbefundes mit ausdrücklicher Hervorhebung der Punkte, auf die im Abs. 1 des § 193 schon für die Vornahme der Prüfung besonderer

Wert gelegt worden ist. Es liegt kein Grund vor, Bezugnahmen und Verweisungen auf die geprüften Unterlagen auszuschließen. Hiernach dürfte es genügen, wenn in dem Bericht etwa gesagt würde: „Die Aktiengesellschaft ist heute in notarieller Verhandlung errichtet und der Gesellschaftsvertrag in einwandfreier Weise festgestellt worden. Das auf 2 000 000 Mk. festgesetzte Grundkapital, bestehend in 2000 auf den Inhaber lautenden Aktien, ist von den Gründern vollständig gezeichnet und übernommen worden. Davon sind 1900 Aktien von der Handelsgesellschaft K in Anrechnung auf den Überlassungspreis für deren in ihrer Fabrik bestehende Vermögenseinlage übernommen, die restlichen 100 Stück von den übrigen Gründern gezeichnet und nebst dem Agio von 10 v. H. bar eingezahlt worden. Diese Einzahlungen sind in den Besitz des Vorstands gelangt. Hinsichtlich der Erklärungen der Gründer hat sich kein Anlaß zu Ausstellungen ergeben, insbesondere sind die im § 186 des HGB. vorgesehenen Festsetzungen für richtig und vollständig, die für den eingelegten Gegenstand gewährten Beträge überdies für angemessen befunden worden."

Naturgemäß hat das Schriftstück einen Vermerk zu tragen, durch den es sich als den im § 193 Abs. 2 geforderten Prüfungsbericht kennzeichnet, und muß weiterhin deutlich erkennen lassen, welche Stellung die Berichterstatter auf Grund der Prüfung zu dem Gründungshergange einnehmen: ob sie ihn so befunden haben, daß sie die Errichtung der Gesellschaft überhaupt nicht zu empfehlen vermögen, ob sie gegen diese keinerlei Bedenken haben oder ob sie nur bei Vornahme bestimmt anzuführender Änderungen des Statuts die Errichtung befürworten können. Nicht notwendig ist, daß die Aufsichtsratsmitglieder vor der Berichterstattung erst eine Abstellung der von ihnen gerügten Mängel herbeiführen oder im Berichte Vorschläge machen, wie ihnen abzuhelfen sei; es genügt die Angabe,

daß und inwiefern dem Gründungshergange nicht beigestimmt werden kann.

Der Bericht muß unterzeichnet werden, nicht vom Aufsichtsrate, sondern von seinen Einzelmitgliedern; denn wie die Prüfung selbst, so liegt auch die Erstattung des Berichtes nicht dem Aufsichtsrat als Körperschaft, sondern jedem seiner Glieder ob. An sich hat jedes von ihnen selbständig Bericht abzulegen, und wenn aus praktischen Gründen, namentlich bei allgemeiner Übereinstimmung der Ansichten über den Gründungshergang, nur ein Bericht abgefaßt wird, so vereinigen sich in diesem Gesamtberichte doch so viele Einzelberichte, als er Unterschriften trägt. Eine Einheitlichkeit des Berichts wird vom Gesetz nicht gefordert.[45]) Ob aus ihm erkennbar hervorgehen müsse, daß die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats zu gemeinsamer Prüfung zusammengetreten sind, ist streitig. Das Gesetz verlangt nirgends eine Gemeinsamkeit der Prüfung beider Organe, sondern überläßt sie dem Gutdünken der Prüfungspflichtigen. Die Notwendigkeit einer Angabe über ihr Fehlen oder Vorliegen im Bericht kann nicht damit begründet werden, daß sich der Bericht nicht nur über die Prüfungsergebnisse, sondern auch über die Prüfung auszusprechen habe. Auch ist die Gemeinsamkeit bezw. Getrenntheit der Prüfung auf die Beurteilung der Haftung derer, die den Bericht unterzeichnet haben, ohne Einfluß. Daher wird nicht zu verlangen sein, es habe aus dem Berichte hervorzugehen, daß die Prüfung vom Vorstand und Aufsichtsrat gemeinschaftlich erfolgt sei.[46])

Ist ein Mitglied der Ansicht, sich dem von der Mehrzahl aufgestellten Berichte nicht anschließen zu können,

---

[45]) vgl. § 196 Abs. 3 „Berichte".

[46]) So auch Ring zu Art. 209h S. 237; Küntzel S. 36; Tscharmann S. 36. — A. M.: Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1892) S. 625; Petersen u. v. Pechmann S. 353 Anm. 1; Pinner zu § 192 Anm. 1 S. 47, 48.

so hat es entweder seine Stellung als Aufsichtsratsmitglied niederzulegen oder sich der Unterzeichnung des gemeinsamen Berichts zu enthalten, um seine abweichende Meinung im Berichte gesondert oder in einer Anlage zu ihm zum Ausdrucke zu bringen. Ein mündlicher Protest gegen den Bericht, eine bloße Verweigerung der Unterschrift kann nicht hinreichen, von der Haftung für den Bericht zu befreien. Durch Zwang, desgleichen durch Mehrheitsbeschluß darf kein Mitglied veranlaßt werden, den Bericht der übrigen zu unterzeichnen und damit seinem Inhalte beizutreten.[47])

Nur was in den Bericht aufgenommen ist, gilt als Ergebnis der Prüfung. In ihm allein spiegelt sich wieder, daß und wie die Mitglieder des Aufsichtsrats ihrer Prüfungspflicht nachgekommen sind, in ihm gipfelt ihre gesamte Tätigkeit während des Gründungsstadiums. Sie haben also in erster Linie für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Prüfungsberichtes einzustehen und erst mittelbar durch diesen für die in ihm niedergelegte Prüfung. Letztere ist nur das natürliche Mittel, um zum Inhalte des Berichts zu gelangen. Angenommen, die Aufsichtsratsmitglieder hätten unrichtig und unvollständig nachgeprüft und erstatteten durch Zufall und Glücksumstände doch einen der Wahrheit entsprechenden Bericht, so wären sie haftfrei, während im umgekehrten Falle, bei genauer und richtiger Prüfung aber falscher Wiedergabe ihres Ergebnisses im Bericht, Haftung eintreten würde. Darum hätte § 204 statt von „der ihnen auferlegten Prüfung“ logischer von der ihnen obliegenden „Berichterstattung“ sprechen müssen.[48])

---

[47]) Hergenhahn (bei Gruchot Beiträge Jahrg. 1892) S. 752; Anschütz u. v. Völderndorff S. 456.

[48]) Schmidt S. 71.

§ 4.

## Die Voraussetzungen zum Eintritte der Haftung.

### a) Schaden der Gesellschaft.

Die nächstliegende Voraussetzung, um Aufsichtsratsmitglieder haftbar machen zu können, ist das Vorhandensein eines Schadens; denn eben das Bestreben, einen solchen wieder auszugleichen, hat die Veranlassung zur Ausbildung der Rechtssätze über Haftung gegeben.

Der Eintritt jedes Schadens stellt sich als eine durch ein bestimmtes Ereignis bedingte Verschiebung in der bisherigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage dar. Das Ereignis, von dem hinsichtlich des hier in Frage stehenden Schadens auszugehen ist, bildet ausschließlich die Gründung der Aktiengesellschaft oder vielmehr das Handeln aller der Personen, deren vereinigte Tätigkeit zur Entstehung der Gesellschaft geführt hat. Nur der Schaden, der mit seinen Wurzeln auf die Vorgänge während der Gründung zurückreicht, unterfällt dem § 204. Für den Schaden, der aus der Verletzung anderer Obliegenheiten der Aufsichtsratsmitglieder als den während der Gründung wahrzunehmenden entstanden ist, bestimmt sich die Haftung nach anderweiten Rechtssätzen.

In folgender Weise kann das Handeln der an der Gründung der Gesellschaft Beteiligten den Anstoß zu Veränderungen in schädigendem Sinne geben.

Einmal schafft es ein neues Rechtssubjekt, die Aktiengesellschaft, das verlangen kann, mit der Vollkommenheit ins Leben gerufen zu werden, die nach dem augenblicklichen Stande der Rechtssätze über die Aktiengesellschaft nur immer gefordert und geleistet zu werden vermag. Das Vorliegen eines geringeren Grades von Vollkommenheit auf Seiten der Gesellschaft als die ist, die das Gesetz

oder der Gesellschaftsvertrag als Mindestmaß festgesetzt hat, bedeutet eine Schädigung der Gesellschaft, hinsichtlich deren die an der Gründung Beteiligten zunächst in Betracht kämen.

Zum anderen bildet die Gründung einer Aktiengesellschaft für eine Reihe von Personen die Veranlassung, Teile ihres Vermögens dem werdenden Rechtssubjekte mit der Wirkung zuzuführen, daß sie nach Entstehung der Gesellschaft in deren Vermögen aufgehen und an ihre Stelle nur bestimmte Rechte treten. Wenn diese Rechte den Zuwendungen nicht gleichwertig sind, so liegt eine Schädigung der Zuwendenden vor, die gleichfalls auf die Tätigkeit der Personen zurückführt, von denen die Gesellschaft gegründet worden ist.

Endlich ist möglich eine Schädigung der Gesellschaftsgläubiger und zwar dadurch, daß infolge aus der Gründung herrührender Mangelhaftigkeit der Gesellschaft die Sicherheit der den Gesellschaftsgläubigern zustehenden Forderungen beeinträchtigt wird.

Es ergibt sich also für die an der Gründung beteiligten Personen die Möglichkeit einer Schadenshaftung nach drei Seiten: der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber.

Bei Aufstellung von Bestimmungen zur Verhinderung und Hebung von Schädigungen, die mit der Gründung im Zusammenhange stehen, mußte es dem Gesetzgeber in erster Linie darum zu tun sein, Sicherheiten gegen Benachteiligungen der Gesellschaft zu gewinnen; denn sobald das Handeln der die Errichtung der Gesellschaft betreibenden Personen ein mangelhaftes gewesen ist, wird von der daraus hervorgehenden Schädigung nicht nur unmittelbar die Gesellschaft getroffen, sondern gleichzeitig werden auch die Personen, die zur Aktiengesellschaft in vermögensrechtliche Beziehungen getreten sind, in Mitleidenschaft gezogen, sei es, daß ihre in den Aktien verkörperten Rechte eine

der Minderung des Gesellschaftsvermögens entsprechende Entwertung erfahren, sei es, daß die Möglichkeit auf Verwirklichung der Gesellschaftsgläubigeransprüche ganz oder teilweise geschwunden ist. Umgekehrt bedeutet aber die Heilung des von der Gesellschaft erlittenen Nachteils mittelbar meist auch eine Beseitigung der den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern widerfahrenen Beeinträchtigung.[49])

Entsprechend dieser Erwägung hat sich das Aktiengesetz darauf beschränkt, in den §§ 202—204 die Haftung aller an der Gründung beteiligter Personen lediglich bezüglich des Schadens zu regeln, der der Gesellschaft als solcher entstanden ist, und hat es den allgemeinen Grundsätzen über Schadenshaftung überlassen, festzustellen, inwieweit für diese Personen eine Haftung auch hinsichtlich des den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern erwachsenen Schadens besteht, dabei von dem Grundsatze ausgehend, daß in der Regel eine Haftung dritten Personen gegenüber nicht Platz greift, insoweit eine solche der Gesellschaft gegenüber auf Grund der §§ 202—204 einzutreten hat.[50])

Der Schaden der Gesellschaft muß sich für diese als eine tatsächliche Beeinträchtigung darstellen. Eine bloße Verletzung von Obliegenheiten, die vermöge glücklicher Umstände eine Benachteiligung der Gesellschaft nicht zur Folge gehabt hat, kann zur Auslösung der Haftbarkeit nicht genügen. Die Auffassung, daß in der Zuwiderhandlung gegen die eine sorgfältige Prüfung des Gründungsherganges verlangende gesetzliche Bestimmung ein „gesetzlicher

---

[49]) Wenigstens begrifflich, wenn auch nicht immer tatsächlich; vgl. Schmidt S. 5 Anm. 7 und die daselbst angeführte Stelle aus Ring.

[50]) Dieser Grundsatz ist allerdings in der vom Gesetz gewählten Fassung nicht klar zum Ausdruck gelangt, wird aber von der herrschenden Meinung allgemein anerkannt; vgl. Schmidt S. 6ff.; RG. in Zivils. Bd. 39 S. 247, 249, Bd. 18 S. 73, Bd. 22 S. 136, 138.

Schade" enthalten sei,[51]) der die Aufsichtsratsmitglieder zum Ersatz verpflichte, ist zurückzuweisen. Nur wenn durch die Gründung Umstände hervorgerufen worden sind, die seitens der Gesellschaft in vermögensrechtlicher Beziehung als etwas Negatives, als ein Übel und daher als etwas Wegzuwünschendes empfunden werden, ist das Bedürfnis für einen Schadensausgleich vorhanden. Ein besonderer Grund dafür, die Ersatzpflicht der Aufsichtsratsmitglieder von dem Erfordernis eines der Gesellschaft widerfahrenen Schadens loszulösen und damit von den gewöhnlichen Bedingungen des Haftungseintrittes abzuweichen, kann um so weniger anerkannt werden, als gerade für die ihrem Wesen an sich widersprechende Heranziehung der Aufsichtsratsmitglieder zur Haftung für die Gründungsvorgänge das Vorhandensein eines tatsächlichen Schadens den Ausgangspunkt gebildet hat.

Zu einer Schädigung der Gesellschaft durch die Gründungsvorgänge kann es einmal dadurch kommen, daß ihr Vermögensbestandteile, mit denen ausgerüstet sie nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ins Leben zu treten hatte, fehlen: so, wenn im Augenblicke ihrer Entstehung die auf jede Aktie einzufordernde Summe von mindestens ein Viertel des Nennbetrags nicht bar vorhanden oder der noch außenstehende Betrag nicht durch die entsprechenden, in den Zeichnungen enthaltenen vermögensrechtlichen Ansprüche der Gesellschaft gegen die Zeichner gedeckt ist. Weiterhin ist möglich, daß der nicht eingeforderte Teil des künftigen Gesellschaftsvermögens zwar durch Zeichnungen voll garantiert, diese Ansprüche der Gesellschaft aber den Zeichnern gegenüber wegen Zahlungsunfähigkeit nicht zu verwirklichen sind. Schließlich kann die Schädigung der Gesellschaft in der Form auftreten, daß sie während der

---

[51]) So Petersen und v. Pechmann S. 301 und die daselbst Zitierten.

Gründung in bindender Weise verpflichtet worden ist, für Empfangenes[52]) Gegenleistungen zu gewähren, die in keinem zu rechtfertigenden Verhältnisse zu dem ihrem Vermögen Zugeführten stehen.

Zufolge der vorhandenen Einwirkungsmöglichkeit auf den Gründungshergang können die Aufsichtsratsmitglieder an der Herbeiführung derartiger Schädigungen der Gesellschaft in doppelter Hinsicht beteiligt sein: entweder sie wirken selbst aktiv zu deren Entstehung mit,[53]) oder sie verhalten sich passiv und lassen die Schädigung der Gesellschaft durch andere Personen geschehen, ohne auf sie aufmerksam zu machen oder sie zu verhindern.

Für den ersten Fall ist ihre Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder und Prüfungspflichtige belanglos; sie stehen dabei den Gründern, Gründergenossen und Emittenten gleich, und ihre Haftung bemißt sich demgemäß nach den §§ 202 und 203.[54])

Anders bei Eintritt einer Schädigung der Gesellschaft, die von den Aufsichtsratsmitgliedern hätte verhindert werden können. Für die Verantwortlichkeit, die ihnen hieraus erwächst, ist ihre Eigenschaft als Aufsichtsratsmit-

---

[52]) Seien es Sacheinlagen, d. s. Gegenstände, die durch den sogen. Illationsvertrag, einen Teil des Gesellschaftsvertrags (RG. in Zivils. Bd. 2 S. 303) von Gründern statt baren Geldes als Äquivalent der zu erwerbenden Mitgliedschaft (Aktien) geleistet werden, seien es Übernahmen, d. s. vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände, die durch Vertrag mit den Gründern der zu schaffenden Gesellschaft überlassen werden, ohne daß der Gegenwert in der Gewährung der Mitgliedschaft besteht; — vgl. Siebenhüner S. 9ff.

[53]) Etwa als Empfänger von Gründergewinn, Ankündiger, Beteiligte bei böslichen Schädigungen der Gesellschaft durch Einlagen oder Übernahmen. Makower § 204 II; Goldmann S. 884 § 204 Anm. 1 Ziff. 1; Staub § 204 Anm. 1 S. 622; Anschütz S. 538 zu Art. 213c.

[54]) Pinner zu § 204 I.

glieder von Bedeutung; denn es handelt sich dabei um die Frage: Liegt in dem Nichtverhindern des Schadens eine Verletzung der Prüfungspflicht, die ihnen gerade als ein Ausfluß ihrer Stellung als Aufsichtsratsmitglieder für das Gründungsstadium auferlegt worden ist? Hier sind andere Gesichtspunkte maßgebend als bei einer Haftung nach §§ 202 und 203; infolgedessen unterzog das Gesetz diesen Fall im § 204 für die Aufsichtsratsmitglieder einer besonderen Regelung.

### b) Ursächlicher Zusammenhang.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß die Aufsichtsratsmitglieder, die bei der ihnen auferlegten Prüfung eine bestimmte Sorgfalt außer acht lassen, der Gesellschaft für den „daraus" entstehenden Schaden haften, so verlangt es damit als zweite Voraussetzung zum Eintritte der Haftung das Bestehen eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem entstandenen Schaden und dem Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder im Gründungsstadium.

Das Vorhandensein oder Fehlen der Kausalität läßt sich verhältnismäßig leicht dann feststellen, wenn das Moment, von dem mutmaßlich der Anstoß zu dem als Schaden empfundenen Zustande ausgegangen ist, in einem positiven Handeln von Personen besteht. In diesem Falle hat man nur, von dem Schaden beginnend, alle die Handlungen nach rückwärts aufzusuchen und aneinander zu reihen, deren besondere Kennzeichen darin bestehen, daß eine jede die notwendige Voraussetzung der ihr zeitlich nachfolgenden ist oder, was gleichbedeutend ist, daß die spätere die unerläßliche Folge der ihr zeitlich vorangegangenen bildet. Ist in der letzten nach rückwärts verfolgbaren Handlung der so gewonnenen ununterbrochenen Kette eine Willensbetätigung bestimmter Personen verwirklicht, so ist diese Handlung kausal für den Schaden

gewesen, und die ihr zunächst stehenden Personen haben für sie und für die durch sie hervorgerufene Veränderung einzutreten.

Dieses fast mechanische Verfahren zur Gewinnung des Kausalzusammenhanges versagt indessen dann, wenn, wie im § 204, der Haftgrund nicht in einem positiven Handeln, sondern in einem Unterlassen besteht. Ein solches ist nichts Sinnfälliges, nichts Reales, kein äußerer Vorgang, sondern nur etwas Gedachtes und daher nicht imstande, eine äußerlich wahrnehmbare Wirkung hervorzubringen und den Anstoß zu einer Veränderung in dem augenblicklichen Stande der Tatsachen zu geben. Ein Unterlassen als solches vermag daher nie kausal zu wirken.

Rechtliche Bedeutsamkeit erlangt es erst dann, wenn ein begründeter Anspruch darauf erhoben werden kann, daß aus der in dem Unterlassen enthaltenen Untätigkeit herausgetreten werde, mit anderen Worten, wenn das Unterlassen die Nichterfüllung einer bestimmten Rechtspflicht darstellt.

Ein rechtsverbindlicher Anspruch auf Handeln der Aufsichtsratsmitglieder ist durch die Bestimmung des § 192 gegeben, der ihnen die Prüfung des Gründungsherganges zur Pflicht macht. Insoweit sie diese Prüfung nicht oder unter Vernachlässigung der dabei anzuwendenden Sorgfalt vornehmen, liegt ihrerseits ein Nichthandeln, ein Unterlassen vor, das die Nichterfüllung einer ihnen vom Gesetz zugewiesenen Pflicht einschließt. Durch Auferlegung der Prüfungspflicht werden die Aufsichtsratsmitglieder zu Handlungen in Beziehung gesetzt, an denen sie an sich in keiner Weise tätigen Anteil haben, nämlich zu denjenigen Handlungen der Gründer, Gründergenossen und Emittenten, durch die die Schädigung der Gesellschaft hervorgerufen ist. Diese Beziehung besteht in der durch ihre Verpflichtung zur Prüfung ihnen eröffneten Möglichkeit, die schädigenden Gründungsvorgänge rechtzeitig unschädlich

zu machen.[55]) Damit wird das als Nichtausübung der Prüfungspflicht sich darstellende Unterlassen der Aufsichtsratsmitglieder an eine Reihe von Ereignissen — die tatsächlich schädigenden Handlungen — angereiht und mit dieser eng verknüpft. In diesem Zusammenhange allein vermag das Unterlassen der Aufsichtsratsmitglieder kausal zu wirken. Stets wird man bei Aufstellung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Schaden der Gesellschaft und dem Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder von der Frage auszugehen haben: Wie kommt es, daß die fraglichen Tatsachen nicht wirkungslos gemacht worden sind? Waren die Aufsichtsratsmitglieder nicht verpflichtet, in dieser Richtung hindernd einzuschreiten?

Für die Beantwortung der Frage sind die Umstände des jeweiligen Falles sowie freiestes richterliches Ermessen maßgebend.[56])

### c) Das Verschulden.

An die äußere Erscheinung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Unterlassen der Prüfungspflicht und dem Schaden der Gesellschaft knüpft das Gesetz indessen noch keine Haftung für die Aufsichtsratsmitglieder, vielmehr verlangt es zu deren Eintritt noch einen inneren Umstand: eine subjektive Beziehung des Urhebers zu dem Schaden, die Möglichkeit der Zurechenbarkeit des Schadens zur Schuld dessen, der seiner Prüfungspflicht mangelhaft nachgekommen ist.

Wir unterscheiden zwei Hauptstufen der Verschuldung: Vorsatz[57]) und Fahrlässigkeit.[58])

Wenn § 204 von den Aufsichtsratsmitgliedern spricht,

---

[55]) Ähnlich Schmidt S. 64.
[56]) RG. in Zivils. Bd. 6 S. 357.
[57]) Eine gesetzliche Definition fehlt.
[58]) Definiert BGB. § 276 Abs. 1 Satz 2.

die die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns „außer acht lassen", so wird damit nur eine Haftung für Fahrlässigkeit statuiert. Die Haftung für diesen Grad des Verschuldens ergibt sich aber gleich der für Vorsatz, d. h. für das Handeln in Voraussicht des schädigenden Erfolgs und mit dem Willen, ihn herbeizuführen, bereits aus den ergänzend anzuwendenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs; denn die §§ 192, 193 des HGB. sind zweifellos ein „den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" im Sinne von § 823 Abs. 2 des BGB., und ein schuldhafter Verstoß der Aufsichtsratsmitglieder dagegen würde sie, da § 823 des BGB. sowohl Vorsatz wie Fahrlässigkeit trifft, also schon nach den allgemeinen Rechtssätzen über unerlaubte Handlungen für beide Grade des Verschuldens zum Schadensersatz verpflichten. Sonach muß es zunächst erscheinen, als wäre § 204 des HGB. überflüssig und entbehrlich; dem ist jedoch nicht so.

Der Grund, warum sich § 204 besonders mit der Haftung wegen Fahrlässigkeit befaßt, ist folgender: Eine jede Pflicht ist mit einem bestimmten Maße von Sorgfalt zu erfüllen. Ein solches kommt indes für eine vorsätzliche Verletzung der Pflicht nicht in Betracht; denn ein Handeln mit Voraussicht und Wollen des schädigenden Erfolgs bedeutet die Negierung jeglicher, sowohl der umfassendsten wie der geringsten Sorgfalt, und für die Beurteilung der sich daraus ergebenden Zurechenbarkeit der Tat zur Schuld ist das Maß der Sorgfalt, die zu beobachten war, gleichgültig. Wohl aber ist der Sorgfaltsgrad wesentlich zur Beurteilung des Verschuldens, das sich als Fahrlässigkeit darstellt; für diese gibt er erst den rechten Maßstab ab.

Ein für jede Pflichterfüllung anwendbarer Sorgfaltsbegriff läßt sich nicht aufstellen; er wechselt je nach den Verhältnissen, auf die er Anwendung finden soll, und richtet sich insbesondere nach der größeren oder geringeren Wichtigkeit, die vom Gesetzgeber der Erreichung des Zweckes

beigelegt wird, dem die Pflichterfüllung dienen soll. Den allgemeinsten Begriff stellt das BGB. im § 276 auf, indem es dort die unter gesunden, normalen Lebensverhältnissen anzuwendende Sorgfalt als „die im Verkehr übliche Sorgfalt“ umschreibt. Diesem Begriffe will § 204 einen den hier fraglichen Verhältnissen entsprechenden Inhalt geben, wenn er die auf sie anzuwendende Sorgfalt als die „eines ordentlichen Geschäftsmannes“ bezeichnet. Nicht in der Aufstellung der Haftpflicht für Fahrlässigkeit liegt sonach die Bedeutung des § 204, sondern in der Aufstellung des Sorgfaltsbegriffes, der als Maßstab anzulegen ist, wenn die Aufsichtsratsmitglieder sich bei Prüfung und Berichterstattung fahrlässig erweisen.[59])

Der Begriff „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ soll nach Art einer Formel den Aufwand an geistigen und körperlichen Kräften umgrenzen, den die Aufsichtsratsmitglieder bei Vornahme der Prüfung und Berichterstattung beobachten müssen. Er findet sich in den aktienrechtlichen Bestimmungen mehrfach, nicht nur in Anwendung auf das Gründungsstadium,[60]) und besitzt verwandte Begriffe in der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns,[61]) Schiffers,[62]) Frachtführers,[63]) Reeders,[64]) Verfrachters.[65])

Seine Grundlage bildet die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters, d. h. eines verständigen, sorgsamen, auf Ordnung haltenden und seinen Geschäften gewachsenen Mannes. Zwar sind die Pflichten eines bonus pater familias in

---

[59]) Außerdem noch in der Statuierung der Nachhaftung hinter den aus §§ 202, 203 verpflichteten Personen (vgl. unten S. 46).

[60]) vgl. HGB. §§ 241, 249.

[61]) HGB. § 347 Abs. 1.

[62]) HGB. § 511.

[63]) HGB. § 429 Abs. 1.

[64]) HGB. § 497.

[65]) HGB. § 559 Abs. 2.

seinem Hauswesen und die eines Geschäftsmannes auf seinem Tätigkeitsgebiete verschiedene, und beider Sachkunde ist nicht die gleiche, aber bezüglich des Maßes von Kraft, Vorsicht und Eifer, das sie zur Erreichung ihrer Zwecke in Anwendung bringen werden, stimmen beide überein.[66]) Daher vermag die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters einen Maßstab auch auf geschäftlichem Gebiete abzugeben. Maßgebend für ihre Umgestaltung zu der eines ordentlichen Geschäftsmannes sind die Verhältnisse des konkreten Falles, auf den die Übertragung erfolgt. So sorgfältig hat sich ein Aufsichtsratsmitglied bei Prüfung und Berichterstattung zu verhalten, wie dies ein ordentlicher Hausvater seiner Qualität tun würde, wenn er eine Stelle als Aufsichtsratsmitglied annähme. Es wird keine spezielle Sachkunde und besondere Erfahrung in den Zweigen gefordert, denen die zu prüfenden Vorgänge angehören,[67]) wie sie von einem Kaufmann, Frachtführer, überhaupt von allen denen verlangt werden muß, die einen bestimmten Kreis von Geschäften berufsmäßig als dauernde Erwerbsquelle betreiben, sondern es genügt die Fähigkeit und Kenntnis eines normalen Menschen des Bildungsgrades, der den Leuten eigen ist, aus deren Kreise die Aufsichtsratsmitglieder entnommen zu werden pflegen. Eben weil das Amt eines Aufsichtsratsmitgliedes nur ein Gelegenheitsamt ist und nicht ein stehendes Gewerbe darstellt und weil deswegen eine feste Umgrenzung der dabei zu entfaltenden Sorgfalt nicht zu gewinnen ist, hat man es abgelehnt, den

---

[66]) vgl. hierzu die vom Regierungsvertreter Hagen bei den Verhandlungen des 12. deutschen Handelstags gegebene Erklärung, angeführt bei Ring zu Art. 213a S. 310.

[67]) Dies verbietet zum Teil schon die praktische Erwägung, daß im Falle des Verlangens umfangreicher Kenntnisse und Erfahrungen sich schwerlich genügend Personen finden würden, die sich zu Aufsichtsratsmitgliedern wählen ließen.

an sich naheliegenden Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsratsmitgliedes aufzustellen.[68])

Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes steht einerseits über der diligentia quam quisquis suis rebus adhibere solet, und das mit Recht; denn die Sorgfalt, die ein Aufsichtsratsmitglied in seinen Privatangelegenheiten anzuwenden pflegt, ist mitunter eine derartig geringe, daß ihre Anwendung auf die Prüfung und Berichterstattung im Interesse der Gesellschaft nicht zugelassen werden kann. Andererseits geht sie unter die Umsicht herab, die ein mit bestimmter Sachkunde ausgerüsteter Mensch entfalten wird. Sie trägt also weder einen rein subjektiven, noch einen rein objektiven Charakter.[69])

Allerdings kann die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns mit der eines Kaufmanns, Frachtführers usw. zusammenfallen, nämlich dann, wenn das betreffende Aufsichtsratsmitglied einem dieser Berufe angehört und die zu prüfenden Vorgänge in sein Gebiet einschlagen.[70]) Desgleichen wird von einem Juristen oder Ingenieur ein weit höheres Maß Sorgfalt bei Prüfung von rechtlichen oder technischen Angelegenheiten zu fordern sein, als von dem, der diesen Vorgängen als Laie gegenübersteht. Doch bildet dies die Ausnahme; in der Regel wird von der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu gelten haben, daß sie jenes Gebaren darstellt, das ein jeder ehrliche, sorgsame und den Anforderungen seiner Tätigkeit gewachsene Mann von der Lebensstellung des in Frage

---

[68]) Bericht S. 22 ff.

[69]) Schmidt S. 29.

[70]) vgl. Entsch. d. RG. (besondere Beilage zum deutschen Reichs- u. kgl. preuß. Staatsanzeiger), Berlin, Scholz, 1887, S. 401, wonach die Übernahme der Stelle eines Aufsichtsratsmitglieds bei einer Aktiengesellschaft seitens eines Kaufmanns ein Handelsgeschäft ist. Esser, Die Aktiengesellschaft § 204 Ziff. 1; Staub zu § 202 Anm. 9 S. 615.

stehenden Aufsichtsratsmitgliedes in einem Falle wie dem in Betracht kommenden beobachten wird.[71])

Die allgemeine Fassung des Begriffs läßt der notwendigen richterlichen Beurteilung für den konkreten Fall weitesten Spielraum.[72]) Erst wenn die speziellen Einzelheiten nebst den begleitenden Umständen sowie die Persönlichkeit des verantwortlich zu machenden Aufsichtsratsmitglieds genau festgestellt und abgewogen und als Faktoren in die allgemeine Formel eingesetzt worden sind, kann eine Entscheidung darüber gefällt werden, ob das Aufsichtsratsmitglied seiner Prüfungs- und Berichterstattungspflicht genügend nachgekommen ist, oder ob es wegen Außerachtlassens der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes haftbar gemacht werden kann. Die Tatsache allein, daß der Schaden der Gesellschaft durch genauere Prüfung hätte verhindert werden können, genügt nicht; erforderlich ist stets, daß in der mangelnden Gründlichkeit eine Nichtanwendung der im § 204 aufgestellten Sorgfalt liegt.

Im einzelnen gilt, daß die Verpflichtung zur Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes jedem Aufsichtsratsmitgliede bereits mit seiner Wahl erwächst. Danach hat sich ein jeder vor[73]) dieser daraufhin

---

[71]) Pinner § 241 Anm. 2 Ziff. 1 S. 156; Ring zu Art. 213a Abs. 2, 10 S. 309.

[72]) Besonders anerkannt im Bericht S. 23.

[73]) Tscharmann § 8 S. 38, 39; Hagen S. 336; v. Völderndorff zu Art. 226 II; Petersen u. v. Pechmann S. 296/97; gegen letzteren führt Puchelt zu Art. 204 Ziff. 4 aus, daß es unmöglich sei, zu verlangen, jeder Mensch solle beurteilen können, wie weit seine Fähigkeiten reichen, und bemerkt weiterhin, es könne auch jemand ohne sein Verschulden und im Interesse der Gesellschaft in die Lage kommen, das Amt mit dem vollen Bewußtsein übernehmen zu müssen, daß er ihm nicht vollkommen gewachsen sei. Zweifellos sind solche Fälle denkbar, aber nur geeignet, die Haftung der Gesellschaft gegenüber auszuschließen, weil die an sich schuldhafte Wahlannahme mit Wissen der Generalversammlung erfolgt ist. Dritten gegenüber kann ein Verschulden dadurch nicht beseitigt werden.

zu prüfen, ob die Annahme des Amtes seinerseits auch dieser Sorgfalt entspricht. Wie ein ordentlicher Hausvater sich nicht mit Geschäften befassen wird, denen er seiner Person und seinen Verhältnissen nach sich nicht gewachsen fühlt, so darf sich auch der nicht zum Aufsichtsratsmitgliede wählen lassen oder sich um eine solche Stelle bewerben, dem von vornherein klar ist oder bei Anwendung jener Sorgfalt klar sein muß, daß sein Gesundheitszustand, seine anderweiten Geschäfte,[74]) sein Bildungsgrad, seine Familienverhältnisse, sein Wohnort, seine Vermögenslage ihn unfähig machen, den an ihn herantretenden Anforderungen voll gerecht zu werden.[75]) Die gleiche Erwägung muß ein Aufsichtsratsmitglied veranlassen, das bereits angenommene Amt niederzulegen,[76]) falls es im Laufe der Prüfung seine Unfähigkeit zur Erzielung eines vertretbaren Ergebnisses erkannt hat oder doch hätte erkennen müssen. Um die Möglichkeit der Amtsniederlegung oder Erstattung eines Sonderberichts bei abweichender Ansicht über den Gründungshergang nicht abzuschneiden, ist der Zeitpunkt der Prüfung so zu wählen, daß auf Grund der erlangten Kenntnis vom Gründungs-

---

[74]) Besonders allzuviele und unvereinbare Stellen als Aufsichtsratsmitglied, wobei nicht vergessen werden darf, daß die Bekleidung mehrerer Stellen für die Gesellschaft nicht selten von Vorteil ist. Küntzel S. 99.

[75]) Die schuldhafte Annahme der Wahl zum Aufsichtsratsmitglied ist an sich nicht unmittelbar kausal für den Schaden. Nur durch die in ihr enthaltene Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und die damit geschaffene Unmöglichkeit, durch ordnungsgemäße Prüfung den drohenden Schaden zu verhindern, wirkt die Wahlannahme mittelbar schadenverursachend. Vgl. Küntzel S. 53; oben im Text S. 37 ff.

[76]) Doch darf die Amtsniederlegung keiner „Fahnenflucht" gleichkommen, die eine Schädigung der Gesellschaft zur Folge haben kann. Tscharmann S. 19, 20.

hergange rechtzeitig die Mitwirkung zum Berichte verweigert und ein Sonderbericht erstattet werden kann.[77])

Zufolge der rechtspolitischen Natur des § 204 vermag das im öffentlichen Interesse als Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes festgesetzte Mindestmaß[78]) von Sorgfalt durch keinerlei Vereinbarung verringert zu werden;[79]) obwohl an sich die Haftung wegen Fahrlässigkeit aufgehoben werden kann.[80]) Dagegen ist eine vertragsmäßige Verschärfung in beliebiger Höhe zulässig.[81])

---

[77]) Schmidt S. 29 im Text u. Anm. 60.

[78]) Mit dessen Aufstellung spricht das Gesetz die Rechtsvermutung aus, daß durch eine Prüfung unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zur Kenntnis jeder der Unregelmäßigkeiten gelangt werden muß, die im Zusammenhange mit der Gründung einer Aktiengesellschaft normalerweise auftreten können.

[79]) Petersen u. v. Pechmann S. 297; Ring S. 310; Esser, Die Aktiengesellschaft zu § 249 Anm. 3; Kayser zu Art. 226 Abs. 1 Ziff. 7 S. 147; Bericht S. 3, wo die Möglichkeit einer Herabminderung ausdrücklich verneint wird. A. M. Makower zu § 241 II b, der der vertragsmäßigen Herabminderung der Haftung der Gesellschaft gegenüber auf Vorsatz und culpa lata Raum gibt unter Bezugnahme auf RG. in Zivils. Bd. 13 S. 46 und Hinweis darauf, daß ein die Herabsetzung verbietendes öffentliches Interesse nur gegenüber den Gläubigern, nicht auch der Gesellschaft gegenüber vorliege.

[80]) BGB. § 276 Abs. 2.

[81]) Ring S. 512; Petersen u. v. Pechmann S. 297; Kayser S. 147; Lehmann u. Ring zu § 205 Nr. 5; Willenbücher zu Art. 204 Abs. 1 Ziff. 2. In der Reichstagskommission — Bericht S. 23 - wurde ausgeführt, daß die Frage nach einer Verschärfung „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden sei". Es ist nicht recht ersichtlich, welche Rechtsregeln eine vertragsmäßige Erhöhung des Sorgfaltsgrades verbieten. Vielmehr ist eine solche schlechthin für zulässig zu erklären. Ob sie freilich im einzelnen Falle sich nötig macht, ist eine andere Frage; oft wird eine Verschärfung zur Folge haben, daß geeignete Personen von der Übernahme des Amtes eines Aufsichtsratsmitgliedes abgeschreckt werden. Hergenhahn, Reichsgesetz S. 146 zu Art. 226 Ziff. 2; Kayser S. 147.

### d) Mangel an Vorverpflichteten.

Zu den drei Voraussetzungen: Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden, die gewöhnlich bei einer Haftung zusammentreffen, tritt im § 204 für die Aufsichtsratsmitglieder als viertes Sondererfordernis noch die Unmöglichkeit der Erlangung anderweiten Ersatzes des der Gesellschaft entstandenen Schadens von den nach §§ 202, 203 verpflichteten Personen.

Auf die Bedeutung dieser Bestimmung wird später eingegangen werden.

§ 5.

## Die eingetretene Haftung.

### a) Die ersatzpflichtigen Personen; das ersatzberechtigte Subjekt; der Anspruch nach Inhalt und Umfang.

Sind die im § 4 besprochenen Voraussetzungen gegeben, so haften die Mitglieder des Aufsichtsrats, d. h. es kann von ihnen Schadensausgleichung verlangt werden.

Dieser Anspruch richtet sich nicht gegen den Aufsichtsrat als Körperschaft, sondern gleich der Pflicht zur Prüfung und Berichterstattung gegen die einzelnen Mitglieder.

Die Haftung besteht nur gegenüber der eingetragenen, fehlerhaft entstandenen Gesellschaft;[82]) lediglich diese ist forderungsberechtigt. Nicht können dritte Personen auf Grund des § 204 einen Anspruch gegen Aufsichtsratsmitglieder geltend machen, einerlei, ob der ihnen mittelbar

---

[82]) Staub zu § 204 Anm. 1 S. 622; RG. in Zivils. Bd. 22 S. 138, Bd. 39 S. 249; ROHG. Bd. 19 S. 179 ff., Bd. 22 S. 239 ff.; Makower zu § 204 III.

entstandene Schaden durch den seitens der Gesellschaft erreichten Ausgleich gedeckt worden ist oder nicht.[83])

Nur nach der Höhe des der Gesellschaft widerfahrenen Schadens bemißt sich der Umfang der Ersatzpflicht. Es besteht keine Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder, auch für das aufzukommen, was dritte Personen dadurch eingebüßt haben, daß von ihnen Teile ihres Vermögens der Gesellschaft zufolge des irrigen Glaubens zugewendet worden sind, die Gesellschaft sei vertrauenswürdig.

Für den Inhalt der Schadensersatzpflicht gelten die allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts,[84]) die sich sowohl auf Verletzung von Vertragspflichten als auch auf die hier fraglichen Schädigungen durch unerlaubte Handlungen beziehen. Da die Aktiengesellschaft nur eine gedachte Persönlichkeit ist, kann für die Ersatzpflicht nicht ein Schaden in Betracht kommen, der die menschliche Person als solche zu treffen vermag, sondern es handelt sich lediglich um den Ausgleich von Vermögensschaden, d. h. um die in Geld abschätzbare Verschlechterung und Verminderung, die dem Vermögen der Gesellschaft durch die Gründung widerfahren ist. Der Vermögensschaden kann wiederum in einem positiven Verluste, der Entziehung eines von der Gesellschaft bereits innegehabten Wertes, oder in entgangenem Gewinn, d. h. im Ausbleiben eines mit berechenbarer Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Vorteils, bestehen.

Eine Beschränkung der Höhe des zu ersetzenden Schadens tritt nicht ein. Sein Umfang kann dadurch vermindert werden, daß die Gesellschaft trotz vorhandener Möglichkeit es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu verringern.[85]) Die Bemessung erfolgt nach freier

---

[83]) Staub zu § 202 Anm. 2 S. 614.

[84]) BGB. §§ 249 ff.

[85]) BGB. § 254; so auch Staub zu § 202 Anm. 12 S. 616; a. M. Siebenhüner S. 15.

richterlicher Überzeugung unter Würdigung aller Umstände.[86])

Für den der Gesellschaft erwachsenen Schaden haben die Aufsichtsratsmitglieder mit ihrem ganzen Vermögen, nicht nur mit dem Betrage der ihnen gehörigen Aktien einzutreten.

### b) Solidarität der Haftung.

Von den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern können nur die haftbar gemacht werden, die bei der Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt haben.[87]) Der Ersatzanspruch richtet sich also nicht notwendig gegen alle Mitglieder; denn es ist möglich, daß ein Mitglied durch ein anderes getäuscht worden ist und von diesem Irrtum befangen, den es nicht erkannte und nach Lage der Umstände auch nicht erkennen mußte, zu der Schädigung der Gesellschaft mitgewirkt hat. Dieses Mitglied kann naturgemäß mangels Verschuldens nicht in Anspruch genommen werden. Indes wird eine derartige Beschränkung der Haftung auf einen Teil der Mitglieder um deswillen selten praktisch werden, weil die Wahrnehmung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes allen Mitgliedern obliegt und bei einem Mangel des Berichts, aus dem ja, wie oben dargelegt, für die Aufsichtsratsmitglieder die Schädigung der Gesellschaft folgt, meist eine Verletzung der Sorgfaltspflicht seitens aller Aufsichtsratsmitglieder gegeben sein wird.[88])

Nach ausdrücklicher Bestimmung des Aktiengesetzes haften die schuldigen Aufsichtsratsmitglieder als Gesamtschuldner. Das würde indes auch ohne besondere Hervor-

[86]) RG. in Zivils. Bd. 6 S. 357.

[87]) Goldmann zu § 204 Anm. 2 Ziff. 6; v. Meyer S. 45; Staub zu § 204 Anm. 5 S. 623.

[88]) Staub zu § 204 Anm. 5 S. 623; vgl. auch v. Völderndorff zu Art. 180b (Art. 213c II); Kayser S. 14.

hebung aus § 840 des BGB. sich ergeben, wonach mehrere aus einer unerlaubten Handlung nebeneinander verantwortliche Personen Gesamtschuldner sind. Voraussetzung für die Gesamthaftung ist, daß die verschiedenen schuldigen Mitglieder denselben Schaden angerichtet haben, sei es, daß dies gemeinsam, sei es, daß dies einzeln geschehen ist.[89]) Auf das größere oder kleinere Maß der den Mitverhafteten zur Last fallenden Pflichtverletzung kommt es dabei nicht an. Auch ist belanglos, wenn der gleiche Schaden aus einer Verschiedenheit von die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzenden Tatumständen hervorgegangen ist.[90])

Handelt es sich hingegen um verschiedene Schädigungen der Gesellschaft und beruhen diese auf verschiedenen Pflichtwidrigkeiten verschiedener Aufsichtsratsmitglieder, so hat jeder der Schuldigen selbständig nur für den Schaden aufzukommen, der von seinem nachlässigen Verhalten ausgegangen ist. Eine Gesamthaftung greift in diesem Falle darum nicht Platz, weil es an dem erforderlichen Kausalzusammenhange zwischen der Schuld des einen und dem vom andern hervorgerufenen Schaden fehlen würde und weil niemandem zugemutet werden kann, für das Verschulden eines anderen eintreten zu müssen. Diese Auffassung läßt sich schon aus der Fassung des § 204 ableiten, der sich dahin ausspricht, daß die Aufsichtsratsmitglieder, die ihrer Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen sind, für den „daraus" entstandenen Schaden haften.

Der Begriff und die Wirkung des Gesamtschuldverhältnisses ergibt sich aus BGB. §§ 421 ff., das Rück-

---

[89]) Bericht S. 13; Staub zu § 204 Anm. 6 S. 623; Schmidt S. 72; Goldmann zu § 204 Anm. 2 Ziff. 8; Petersen u. v. Pechmann S. 97; v. Völderndorff S. 122; Lehmann u. Ring zu § 204, 2; Behrend § 112 S. 770; a. M. allein Tscharmann S. 43 III.

[90]) Makower zu § 204 IV; Pinner zu § 204 III S. 79; Staub zu § 204 Anm. 6 S. 623.

griffsrecht unter den Ersatzpflichtigen insbesondere aus BGB. § 426.

### c) Subsidiarität der Haftung.

Der Bestimmung des Gesetzes, daß die schuldigen Aufsichtsratsmitglieder nur haften, soweit der Ersatz des Schadens von den nach §§ 202, 203 verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist,[91]) liegt die Erwägung zugrunde, daß in den meisten Fällen die am Schaden unmittelbar Schuldigen die Gründer, Gründergenossen und Emittenten sind und die Aufsichtsratsmitglieder an ihm nur insofern beteiligt sind, als sie es unter Verletzung der ihnen zugewiesenen Prüfungspflicht verabsäumt haben, ihn zu verhindern. Im Hinblick auf diesen minderen Grad von Verschuldung muß es gerechtfertigt erscheinen, die schuldigen Aufsichtsratsmitglieder erst dann zur Beseitigung des Schadens heranzuziehen, nachdem von den direkten Urhebern ein Ersatz nicht hat erreicht werden können. Danach ist es möglich, daß die Aufsichtsratsmitglieder trotz Verschuldens von der Verpflichtung zum Schadensersatz gänzlich verschont bleiben, nämlich dann, wenn der Schaden der Gesellschaft von den Erstverpflichteten im vollen Umfange beseitigt worden ist. Andererseits können sie zur Begleichung des gesamten Schadens dann angehalten werden, falls dessen Ersatz aus rechtlichen[92]) oder tatsächlichen Gründen von anderer Seite nicht zu erreichen gewesen ist. Jedenfalls muß aber die Gesellschaft erst Befriedigung bei den Vorverpflichteten erstreben,[93]) ehe

---

[91]) „Auf Grund der Bestimmungen der §§ 202, 203 des HGB."; vgl Makower zu § 204 IV.

[92]) z. B. es haben die Gründer Einlagen überschätzt, ohne daß Böslichkeit vorlag, die Überschätzung ist aber bei der Prüfung nicht entdeckt worden, obwohl das bei Anwendung der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsmänner hätte geschehen müssen.

[93]) Ring zu Art. 213c Ziff. 4 S. 325.

sie sich, und zwar nur in der Höhe, nach der sie bei den Vorverpflichteten ausgefallen ist, mit Ersatzansprüchen an die Aufsichtsratsmitglieder wenden kann. Da wohl für gewöhnlich von den verschiedenen Vordermännern der Aufsichtsratsmitglieder ein Ersatz, wenn auch nur teilweise, zu erlangen ist, wird ihre subsidiäre volle Inanspruchnahme in Wirklichkeit nicht zu oft zur Anwendung kommen.

Wann die Voraussetzung der Nachhaftung gegeben ist, unterliegt freier richterlicher Entscheidung. Eine vorgängige Klage und fruchtlose Zwangsvollstreckung gegen die aus den §§ 202 und 203 verpflichteten Personen ist nicht erforderlich,[94]) namentlich nicht dann, wenn deren Unvermögen zur Ersatzleistung so offen zutage liegt, daß die Anstrengung eines Prozesses gegen sie für die Gesellschaft nur auf einen nutzlosen Aufwand an Kosten und Zeit hinauslaufen würde. Auch kann der Gesellschaft nicht zugemutet werden, einen in erster Instanz ergebnislos verfolgten Anspruch gegen die Vorverpflichteten durch alle Instanzen zu treiben. Desgleichen ist für den Fall, daß die Erlangung von Ersatz wegen mangelnder Schuld der Vorverpflichteten fraglich erscheinen muß, keine Verpflichtung zur Vorausklage gegeben; es genügt, daß die geschädigte Gesellschaft den ernstlichen Versuch unternommen hat, von den Hauptverpflichteten Ersatz zu erreichen.

Über die Frage, wen die Beweislast für das Vorhandensein von Vorverpflichteten trifft, vergleiche unten im Text S. 68.

---

[94]) Mot. zu Entw. 2 S. 124; Pinner zu § 204 III S. 79; Staub zu § 204 Anm. 7 S. 623; Makower zu § 204 IV; Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1892) S. 783; Lehmann-Ring zu § 204, 3; Behrend § 112 Anm. 5. Demnach anders als bei der subsidiären Haftung des Bürgen (BGB. § 771).

§ 6.

## Die Geltendmachung des Ersatzanspruches.

Unbekümmert um die Einzelaktionäre und Gesellschaftsgläubiger kann die Gesellschaft die ihr aus § 204 gegen Aufsichtsratsmitglieder zustehenden Ansprüche geltend machen oder von deren Verfolgung absehen; sie handelt in dieser Beziehung lediglich nach eigenem Ermessen.

Für gewöhnlich findet der Wille der Gesellschaft, Aufsichtsratsmitglieder zum Ersatz heranzuziehen, seinen Ausdruck in einem entsprechenden Vorgehen ihres Vorstandes als ihres berufenen Vertreters. Einer besonderen Anweisung der Generalversammlung zur Klagerhebung gegen die Schädiger bedarf dieser nicht; denn die Klagbefugnis ist ein selbständiges Recht des Vorstandes und fließt aus seiner allgemeinen Vertretungsvollmacht.[95]) Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so besteht die Vermutung, daß es Wille der Gesellschaft sei, Ersatz des ihr erwachsenen Schadens herbeizuführen, und verhält er sich passiv, so ist umgekehrt zunächst anzunehmen, daß die Gesellschaft von einer Geltendmachung ihrer Ansprüche absehen will.

Zweifellos besteht in der Unabhängigkeist des Vorstandes von einem Generalversammlungsbeschluß und dem Fehlen einer allgemeinen Verpflichtung für ihn zur Klagerhebung ein Vorteil; denn erstere gewährleistet eine rasche Verfolgung, und letzteres verhindert, daß Klage in Fällen

---

[95]) HGB. § 231 Abs. 1. So die herrschende Meinung: Goldmann zu § 268 Anm. 1 Ziff. 1; Ring zu Art. 223 Ziff. 2; Staub zu § 268 Anm. 3 S. 821; Makower S. 619; Pinner S. 227; Tscharmann S. 44. A. M. RG. in Zivils. Bd. 18 S. 61 mit Bezug auf Art. 223 der Novelle von 1884: „Die Verfolgung solcher Ansprüche ist von einem darauf gerichteten Mehrheitsbeschlusse der Generalversammlung abhängig und nicht dem bloßen Ermessen anderer Organe anheimzugeben.“ — Wie die herrschende Meinung Denkschrift z. Entw. des HGB. v. 1897 S. 150, b. Hahn, Materialien Bd. 6 S. 315.

erhoben wird, wo deren Unterbleiben im Interesse der Gesellschaft liegt.

Andererseits kann aus beiden Umständen der Gesellschaft ein Nachteil insofern erwachsen, als es der Vorstand durch Nichtausüben der Klagbefugnis in der Hand hat, die aus der Gründung Haftenden vor berechtigter Inanspruchnahme zu bewahren und damit die eigens zum Schutze der Gesellschaft aufgestellte Gründerverantwortlichkeit wertlos zu machen. Die Gefahr, daß der Vorstand sich zu derartigem bestimmen läßt, liegt bei der Nähe seiner Beziehungen zu den Aufsichtsratsmitgliedern und namentlich wegen des sich aus der Tätigkeitsgleichheit im Gründungsstadium ergebenden gemeinsamen Interesses sehr nahe. Dann würde in den Fällen, in denen der Vorstand die Geltendmachung der Gesellschaftsansprüche dem zu vermutenden Wunsche der Generalversammlung zuwider unterläßt, sein Verhalten nicht dem Willen der Gesellschaft entsprechen, deren ausführendes Organ er doch nur ist. Dieser Mangel an Übereinstimmung kann allein durch das Ergreifen eigener Initiative seitens der Gesellschaft beseitigt werden, wodurch die Vornahme der Anspruchsverfolgung von dem Gutdünken des Vorstands losgelöst und er zur Klagerhebung verpflichtet wird. Das Mittel dazu bietet ein Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung auf Geltendmachung der Ansprüche, der jederzeit in einer den Vorstand bindenden Weise gefaßt werden kann.

Im Hinblick darauf jedoch, daß der Vorstand und auch die Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Macht ihres Auftretens und die Zahl der in ihren Händen befindlichen Aktien die Generalversammlung in einem ihrem wahren Willen widersprechenden Sinne beeinflussen und damit das Zustandekommen eines zur Aufnahme der Regreßansprüche verbindenden Beschlusses verhindern können, sowie in der weiteren Erwägung, daß der Schaden der Gesellschaft mittelbar auch ein solcher der einzelnen Aktio-

näre ist, hat das Gesetz eine Reihe Sonderbestimmungen aufgestellt, die sogar eine Minderheit[96]) von Personen befähigen, einen auf Klagerhebung gegen die Aufsichtsratsmitglieder gerichteten Beschluß herbeizuführen.

Es geht sogar noch weiter und gibt der Generalversammlung Handhaben, vor dem Beschluß auf Erhebung der Klage Nachforschungen darüber zu veranlassen, ob ein Vorgehen gegen die der Schadensverursachung verdächtigen Aufsichtsratsmitglieder von Erfolg begleitet sein wird, oder ob es geraten ist, davon abzusehen.

### a) Vorbereitung der Geltendmachung.

Die eine klagweise Geltendmachung des Ersatzanspruches vorbereitenden Maßnahmen bestehen nach § 266 Abs. 1 des HGB. darin, daß die ordnungsmäßig berufene Generalversammlung jederzeit mit einfacher Stimmenmehrheit die Bestellung von Revisoren zur Prüfung von Vorgängen[97]) bei der Gründung beschließen kann. Kommt es in der Generalversammlung zur Ablehnung des Antrags auf Bestellung derartiger Gesellschaftsrevisoren, so steht einer Minderheit von Aktionären die Befugnis zu, die Ernennung von Revisoren bei dem Gerichte zu beantragen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Zur

[96]) Insofern erfolgt eine Annäherung an die Auffassung, daß die Geltendmachung der Haftung aus § 204 ein Individualrecht des Aktionärs sei. Gleichwohl bleibt dieser Anspruch, auch wenn er auf Minderheitsverlangen verfolgt wird, ein solcher der Gesellschaft. Vgl. Anschütz u. v. Völderndorff S. 672; Schmidt S. 76 Anm. 150 u. 151.

[97]) Wobei nach Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 3 S. 83, 84 unter Vorgängen „bestimmte näher zu bezeichnende Vorkommnisse" zu verstehen sind. Eine Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Gründung schlechthin ist unzulässig. Vgl. Goldmann zu § 266 Anm. 1 Ziff. 4, Anm. 2 Ziff. 13; Staub S. 816.

Vermeidung schikanöser Behelligungen der Aufsichtsratsmitglieder darf von dem angegangenen Gerichte dem Antrage nur dann stattgegeben werden, wenn

1. die Anteile des[98]) oder der Antragsteller mindestens den zehnten Teil des Grundkapitals[99]) erreichen;

2. die Antragsteller ihre Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag hinterlegen und glaubhaft machen, daß sie seit mindestens sechs[100]) Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, Besitzer[101]) der Aktien[102]) sind;

3. glaubhaft gemacht worden ist, daß bei den zu prüfenden Gründungsvorgängen Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages stattgefunden haben;

4. der Vorstand und der Aufsichtsrat gehört und auf Verlangen des Gerichts eine nach dessen freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit von den Antragstellern geleistet worden ist.

---

[98]) Goldmann zu § 266 Anm. 2 Ziff. 14 u. die dort Zitierten.

[99]) Nicht in Betracht für die Berechnung kommt danach das Gesellschaftsvermögen. Auch sind nicht die erfolgten Einzahlungen, sondern die Nominalbeträge der einzelnen Aktien maßgebend. Danach verleihen auch die Aktien Stimmrecht, die gemäß § 179 Abs. 3 HGB. vor der vollen Leistung des Nennbetrags ausgegeben worden sind; auch sie sind zum Nominalbetrag einzusetzen. Schmidt S. 79 Anm. 153; Pinner S. 223 III, 1c; Staub zu § 266 Anm. 10 S. 817; Hergenhahn (bei Gruchot 1893) S. 297.

[100]) Falls die Gesellschaft noch nicht so lange besteht, ist der Besitznachweis für die Zeit ihres Bestehens zu erbringen; die Zulässigkeit des Antrags kann durch diese Verkürzung der Frist nicht berührt werden.

[101]) D. h. Eigenbesitzer im Sinne v. BGB. § 872; Pinner zu § 266 IIId S. 223; Goldmann zu § 266 Anm. 2 Ziff. 17; Schmidt S. 83; Staub zu § 266 Anm. 12 S. 817; Ring zu Art. 222a Ziff. 3 S. 474.

[102]) Der nach den landesgesetzlichen Bestimmungen hinterlegten, nicht irgend welcher. Vgl. § 266 Abs. 3: Besitzer „der" Aktien.

Das Fehlen einer dieser Bedingungen, unter die ihrer rechtspolitischen Natur halber nicht herabgegangen werden darf, hat die Ablehnung des Minderheitsantrags auf Bestellung von Revisoren durch einen mit sofortiger Beschwerde [103]) angreifbaren Gerichtsbeschluß zur Folge. Liegen sie vor, so muß das Gericht die Bestellung anordnen. [104])

Diesen Beschwerungen der Minderheit gegenüber ist in deren Interesse zwecks Erzielung einer genauen Prüfung der Gründungsvorgänge angeordnet, daß der Vorstand den Revisoren — sowohl den von der Gesellschaft wie den vom Gericht bestellten — die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse und der Bestände an Wertpapieren und Waren zu gestatten hat und daß der von den Revisoren beim Handelsregister einzureichende Bericht über das Prüfungsergebnis vom Vorstand als Gegenstand der Beschlußfassung auf die Tagesordnung der nächsten[105]) Generalversammlung zu setzen ist.

### b) Durchführung der Geltendmachung.

Zur Klagerhebung gegen Aufsichtsratsmitglieder aus § 204 kann es, falls der Anstoß dazu nicht vom Vorstand ausgeht, durch die Generalversammlung auf zweierlei Weise kommen.

Einmal, wie oben S. 53 bereits hervorgehoben, durch einen mit einfacher Mehrheit gefaßten Beschluß aller

---

[103]) § 146 Abs. 2 des Ges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit.

[104]) So auch Staub zu § 266 Anm. 14 S. 818; Pinner S. 214 a. M. Petersen und von Pechmann zu Art. 222 a S. 438; Behrend § 127a Anm. 16.

[105]) Wenn es das Interesse der Gesellschaft verlangt, in einer sofort einzuberufenden außerordentlichen Generalversammlung, deren Berufung nach § 254 auch von einer Minderheit ausgehen kann.

Stimmberechtigten. Diese Befugnis der Generalversammlung wird nicht erst durch den sie aussprechenden § 268 Abs. 1 geschaffen; sie steht vielmehr der Generalversammlung an sich zu. Durch die nochmalige Anführung soll nur gesagt sein, daß dieses Recht durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden darf, sondern der Generalversammlung unter allen Umständen erhalten bleiben muß, und daß die Beschlußfassung von einer höheren als der einfachen Majorität nicht abhängig gemacht werden kann.[106]) Voraussetzung des Rechtes ist nur, daß die Geltendmachung in einer ordentlich berufenen Generalversammlung nach gehöriger Ankündigung[107]) beschlossen wird.

Zum anderen vermag wie bei der Vorbereitung auch hier eine Minderheit die Geltendmachung der Ansprüche mit dem Erfolge zu verlangen, daß sie unternommen werden muß, wenn das Begehren gewissen Anforderungen genügt. Dieses Minderheitsverlangen muß aber erkennbar als der erklärte Wille der Minderheit der Generalversammlung zum Ausdruck gebracht werden; es ist nicht schon dadurch ausgesprochen, daß bei der Abstimmung der gesamten Generalversammlung nur eine den an die Minderheit zu richtenden Anforderungen entsprechende Anzahl von Personen für die Anspruchsverfolgung gestimmt hat.[108]) Darüber, ob dies Verlangen der Minderheit an eine ordnungsgemäße Ankündigung als Gegenstand der Tagesordnung gebunden ist, herrschen verschiedene Auffassungen.[109]) Daß

---

[106]) Die einfache Minderheit würde sich bereits aus § 251 Abs. 1 ergeben.

[107]) A. M. nur von Völderndorff S. 587, 3.

[108]) Goldmann zu § 268 Anm. 1 Ziff. 5; Pinnner zu § 268 S. 228 Note 3c; Staub zu § 268 Anm. 4 S. 822; Behrend § 113 Anm. 9; Annalen Bd. 23 S. 458.

[109]) Dafür: Pinner S. 228 Note 3c; Ring zu Art. 223 Ziff. 4 S. 484; Staub zu § 268 Anm. 4 S. 822; Makower zu § 268 S. 619;

ihm ein die Geltendmachung ablehnender Beschluß der Generalversammlung vorausgegangen sei, wird wohl meistens der Fall sein, ist aber nicht erforderlich.

Die Voraussetzung für ein Durchdringen der Minderheit ist die, daß ihre Anteile den zehnten[110]) Teil des Grundkapitals[111]) betragen müssen.

Die Vertretung der Gesellschaft bei der prozessualen Verfolgung ihrer Ansprüche gegen die Aufsichtsratsmitglieder aus § 204 steht in erster Linie dem Vorstande zu, mag es sich um ein Vorgehen auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses oder um ein solches zufolge Minderheitsverlangens handeln.[112])

Doch kann nach § 268 Abs. 2 in beiden Fällen jederzeit von der Generalversammlung die Wahl besonderer Vertreter zur Führung des beschlossenen Rechtsstreits vorgenommen werden, die, mit der gleichen Vollmacht wie der Vorstand ausgerüstet, diesen für den konkreten Fall ausschließen und ersetzen.[113]) Von dieser Befugnis wird besonders dann Gebrauch gemacht werden, wenn eine Interessenkollision zu befürchten ist. Die Wahl erfolgt

---

Schmidt S. 76; dagegen: Behrend § 113 Anm. 9 S. 772; Goldmann zu § 268 Anm. 1 Ziff. 6.

[110]) Früher wurde $^1/_5$ des Grundkapitals verlangt (Art. 223 Abs. 1 der Novelle v. 84). — Bezüglich der Frage, ob bei Ansprüchen einer Aktiengesellschaft aus Gründungsvorgängen, die sich vor dem 1. 1. 1900 abgespielt haben, $^1/_5$ oder $^1/_{10}$ des Grundkapitals erforderlich ist, vgl. RG. in Zivils. Bd. 18 S. 61ff., wonach das neue Recht Anwendung zu finden hat. Goldmann zu § 268 Anm. 3 Ziff. 20.

[111]) Hinsichtlich der Berechnung vgl. oben Anm. 100.

[112]) Pinner zu § 268 S. 229 unter IV, 1a; Staub zu § 268 Anm. 5 S. 822.

[113]) Ausdrücklich anerkannt in d. Denkschrift zum Entwurf des HGB. v. 1897 S. 151, b. Hahn, Materialien Bd. 6 S. 316; Staub zu § 268 Anm. 9 S. 822; Hergenhahn (b. Gruchot Jahrg. 1893) S. 307; Goldmann zu § 268 Anm. 2 Ziff. 11; Pinner zu § 268 S. 229 IV, 2b u. c; Ring zu Art. 223 Ziff. 6 S. 486; a. M. Makower § 268.

wie jeder in der Generalversammlung zu fassende Beschluß mit einfacher Stimmenmehrheit, falls der Gesellschaftsvertrag keine schärfere Bestimmung enthält. Die Frage, ob sie einer besonderen Ankündigung bedürfe, wird meist mit der Begründung verneint, daß sie unter den Gegenstand der Beratung über die Geltendmachung des Ersatzanspruchs falle.[114])

Für den Fall, daß die Geltendmachung auf ein Minderheitsverlangen hin erfolgen muß — aber nur für ihn —, kann die Bestellung der von der Minderheit als Vertreter bei Führung des Rechtsstreits bezeichneten Personen auf Antrag auch durch das Amtsgericht[115]) des Sitzes der Gesellschaft erfolgen. Hat die Minderheit die von ihr als Prozeßvertreter gewünschten Personen nicht bereits der Generalversammlung namhaft gemacht, was vom Gesetz nicht verlangt wird, so kann sie die Benennung dem Gericht gegenüber bei Stellung des Antrags nachholen. Dieses ist an die ihm bezeichneten Personen gebunden,[116]) will es nicht den Antrag der Minderheit zurückweisen.

Das Gericht, vor dem die vom Gericht oder der Generalversammlung bestellten besonderen Vertreter den Prozeß gegen die Aufsichtsratsmitglieder verhandeln, ist nicht befugt, ihre Bestellung auf die Rechtmäßigkeit hin nachzuprüfen.[117])

Für die Führung der Prozesse aus § 204, die zufolge Mehrheitsbeschlusses der Generalversammlung durch den Vorstand oder durch besondere Vertreter oder auch vom Vorstande kraft seiner gesetzlichen Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft angestrengt werden, gelten die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung.

---

[114]) Anschütz u. v. Völderndorff S. 675 III; Siebenhüner S. 38.

[115]) § 145 Abs. 1 des Ges. betr. d. Angel. d. freiw. Ger.

[116]) Pinner zu § 268 IV, 2 b S. 229; Staub zu § 268 Anm. 8 S. 822; a. M. Behrend § 113 Anm. 11.

[117]) Staub zu § 268 Anm. 8 S. 822; Annalen Bd. 24 S. 419.

Besondere Vorschriften sind dann zu beachten, wenn die Geltendmachung der Ansprüche zufolge des Begehrens einer Minderheit im Sinne des § 268 geschieht. Für diesen Fall bestimmt § 269 folgendes:

Die Klage muß binnen drei Monaten, vom Tage der Generalversammlung ab gerechnet, erhoben werden. Da diese Frist eine Ausschlußfrist darstellt,[118]) macht ihre Verabsäumung das Minderheitsverlangen wirkungslos und muß die Abweisung der nach ihrem Ablauf erhobenen, d. h. zugestellten Klage zur Folge haben. Mit dem Fristablauf ohne Klagerhebung[119]) ist die Möglichkeit geschwunden, daß die Aufsichtsratsmitglieder auf Grund des gleichen Minderheitsbegehrens in Anspruch genommen werden, nicht aber auch die Möglichkeit zur Verfolgung der Gesellschaftsansprüche durch den Vorstand kraft eigner Machtbefugnis oder durch ihn oder besondere Vertreter auf Grund eines nach dem Minderheitsverlangen gefaßten Mehrheitsbeschlusses der Generalversammlung.[120])

Der Klage ist das Protokoll der Generalversammlung, soweit es die Geltendmachung des Anspruchs betrifft, in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Damit soll für das Prozeßgericht ein Nachweis der Vertreterlegitimation und ein Beleg dafür geschaffen werden, daß auf Grund eines Minderheitsverlangens geklagt wird. Die Beibringung der Protokollabschrift ist von Amts wegen zu prüfen; doch muß sie nicht bereits bei Erhebung der Klage erfolgen, sondern kann bis zum Erlaß des Urteils auf Anordnung des Gerichts oder Verlangen der Beklagten jederzeit nach-

[118]) Zu berechnen nach BGB. § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 u. 3.

[119]) Der den Vorstand oder die besonderen Vertreter der Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig machen kann; Pinner § 269 S. 230 II; Schmidt S. 81; Staub zu § 269 Anm. 1 S. 823.

[120]) Goldmann zu § 269 Anm. 1 Ziff. 7; Pinner zu § 269 S. 230 II; Staub zu § 269 Anm. 1 S. 823.

geholt werden.[121]) Es kann auf die Protokollabschrift nicht verzichtet werden, da ihre Beibringung im öffentlichen Interesse angeordnet ist. Wird ihrem Fehlen binnen einer zu bestimmenden angemessenen Frist nicht abgeholfen, so ist die Klage abzuweisen.

Wenn es auch stets die Gesellschaft ist, die aus § 204 die Klage erhebt, und das selbst dann, wenn die Geltendmachung der Ansprüche infolge eines Minderheitsverlangens geschieht,[122]) so muß es doch im Hinblick auf ungerechtfertigte Behelligungen und Schädigungen, die den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft durch leichtfertig von der Minderheit veranlaßte Prozesse entstehen können, angemessen erscheinen, der Minderheit für den Fall der Klagerhebung auf ihre Anregung hin gewisse Verpflichtungen als Sicherheiten nach der erwähnten Richtung aufzuerlegen. Diese Pflichten, deren Beobachtungen von Amts wegen zu prüfen ist, bestehen darin, daß die Minderheit

1. eine den zehnten Teil des Grundkapitals der Gesellschaft erreichende Anzahl von Aktien für die Dauer des Rechtsstreits[123]) zu hinterlegen und

2. glaubhaft zu machen hat, daß sich die Aktien[124]) seit mindestens sechs Monaten von der Generalversammlung

---

[121]) Staub zu § 269 Anm. 2 S. 824; Goldmann zu § 269 Anm. 1 Ziff. 9; Schmidt S. 81, 82; Behrend § 113 Anm. 13; a. M. Makower zu § 269 S. 622.

[122]) Pinner zu § 269 IV S. 230; Staub zu § 268 Anm. 2 S. 821.

[123]) D. h. bis zur Rechtskraft des Endurteils erster oder höherer Instanz.

[124]) Das OLG. Dresden hat in seiner Entsch. vom 17. 10. 02 (Rechtsprechung Bd. 6 S. 509 ff.) ausgeführt, daß nur solche Aktien bei der Berechnung des 10. Teils des Grundkapitals in Frage kommen, auf Grund deren die hinterlegende Minderheit in der Generalversammlung für die Geltendmachung des Anspruchs gestimmt hat Zustimmend Goldmann zu § 269 Anm. 2 Ziff. 11; a. M. Schmidt S. 83; Pinner zu § 269 S. 231 IV, 1.

zurückgerechnet im Besitze der die Minderheit bildenden Aktionäre befinden.

Wird einem Mangel hinsichtlich der Hinterlegung oder der Glaubhaftmachung bis zum Erlasse des Urteils innerhalb einer dafür zu bestimmenden angemessenen Frist nicht abgeholfen, so hat Klagabweisung wegen Fehlens einer gesetzlichen Voraussetzung zu erfolgen.[125])

Weiterhin ist den Beklagten auf ihr Verlangen wegen der ihnen drohenden Nachteile von der Minderheit eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten.[126]) Auf den Antrag der Beklagten hat das Gericht den Vertretern der klagenden Gesellschaft — nicht der Minderheit, die zu dem Prozesse nicht in unmittelbarer Beziehung steht[127]) — unter Bestimmung einer Frist und der Höhe der Sicherheit im Falle der Verweigerung die Bewirkung der Sicherheit aufzugeben, und zwar auf Grund mündlicher Verhandlung durch Zwischenurteil.[128]) Ist bis zum Ablauf der Frist keine Sicherheit geleistet worden, so ist auf Antrag der Beklagten nach Neuladung zur mündlichen Verhandlung die Klage für zurückgenommen zu erklären.[129]) Bei Ausbleiben der Klägerin im Termin ergeht nach Wahl der Beklagten Versäumnisurteil nach ZPO. § 330 oder Urteil nach § 113 ZPO. gegen die Klägerin.[130])

---

[125]) Schmidt behauptet S. 82, 83 ohne Grund, nach unbenütztem Fristablaufe gelte die Klage für zurückgenommen.

[126]) § 108 der ZPO. greift bezüglich der Art der Sicherheit nicht ein; es kann daher vom Gericht auch angeordnet werden, daß die hinterlegten Aktien als Sicherheit dienen sollen (RG. Bd. 37 S. 113).

[127]) Schmidt S. 84 im Text und Anm. 164; Ring zu Art. 223 Ziff. 3 S. 483; Ziff. 8 S. 437.

[128]) Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1893) S. 590ff.

[129]) ZPO. § 113; hierzu vgl. RG. in Zivils. Bd. 24 S. 431, wo ausgeführt wird, daß zu den nach § 113 der ZPO. zu beurteilenden Fällen prozessualer Sicherheitsleistung auch der Fall des § 269 Abs. 3 des HGB. gehört.

[130]) vgl. RG. in Zivils. Bd. 24 S. 434, 435.

Endlich ist nach HGB. § 269 Abs. 4 die Minderheit der Gesellschaft gegenüber verbunden, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, und zwar schlechthin, nicht nur bei Verlust des Prozesses, sondern auch dann, wenn sie von dem Verurteilten nicht beigetrieben werden können. Eine Gesamthaftung der Minderheitsmitglieder dafür vermag aus der bloßen Kollektivbezeichnung „Minderheit" nicht gefolgert zu werden; vielmehr greift mangels gesetzlicher Sonderbestimmung § 420 des BGB. ein, wonach anteilig gehaftet wird.[131])

Bereits vor Inanspruchnahme der Hauptverpflichteten können die aus § 204 gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats abzuleitenden Ansprüche den Gegenstand einer Feststellungsklage bilden, sobald nur die Voraussetzungen des § 256 der ZPO. gegeben sind. Für die Begründung des rechtlichen Interesses der Gesellschaft auf alsbaldige richterliche Feststellung der Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder kann die Besorgnis der Verjährung des Anspruchs,[132]) mitunter schon der zu befürchtende Verlust von Beweismitteln[133]) genügen. Die Klage kann sowohl als positive von der Gesellschaft gegen die Aufsichtsratsmitglieder wie als negative von letzteren gegen die Gesellschaft erhoben werden und richtet sich in der Hauptsache auf die Feststellung, daß bei der vorgenommenen Prüfung des Gründungsherganges die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt beziehentlich nicht verletzt worden sei.

### c) Beweislast.

Bei Geltendmachung der Ansprüche gegen die Aufsichtsratsmitglieder aus § 204 spielt eine bedeutende Rolle

---

[131]) So auch Goldmann zu § 269 Anm. 2 Ziff. 18; Pinner zu § 269 IV, 3; Schmidt S. 85, 86; Siebenhüner S. 44; a. M. Staub zu § 269 Anm. 5 S. 824; Makower zu § 269 S. 623.

[132]) RG. in Zivils. Bd. 8 S. 74.

[133]) RG. in Zivils. Bd. 10 S. 369.

die Frage nach der Verteilung der Beweislast. Nach zwei Richtungen kann sie auftreten: einmal bezüglich des Punktes, ob von der Gesellschaft den in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitgliedern ihr Verschulden nachzuweisen ist, oder ob sich diese durch den Nachweis, daß sie ihre Obliegenheiten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfüllt haben, vor Inanspruchnahme bewahren müssen, und zum anderen hinsichtlich des Punktes, von wem der Nachweis des Vorhandenseins von Vorverpflichteten aus den §§ 202, 203 zu erbringen ist.

1. Art. 213 c der Novelle von 1884 enthielt die ausdrückliche Bestimmung, daß den Aufsichtsratsmitgliedern die Verletzung ihrer Sorgfalt von der Gesellschaft nachzuweisen sei. Daraus, daß dieser Satz im § 204 fehlt, kann indes nicht ohne weiteres entnommen werden, daß nunmehr die im Art. 213 c aufgestellte Beweisregel nicht mehr gelten solle oder ihr Gegenteil maßgebend sei, sodaß den Aufsichtsratsmitgliedern der Beweis für die Erfüllung der ihnen auferlegten Sorgfalt obliege.[134]) Vielmehr ist die Weglassung dieser Bestimmung lediglich als ein Ausfluß des gesetzgeberischen Bestrebens zu betrachten, die Regelung der Beweislast bei Schadensersatzansprüchen aus § 204 des HGB. in Zukunft den allgemeinen Grundsätzen über Beweislast zu überlassen, um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, die zu erwarten stehen, falls der Richter bei Entscheidung der mannigfaltigen, gar nicht abzusehenden Fälle durch eine spezielle gesetzliche Bestimmung eingeengt ist.[135])

Wenn sich sonach eine feste Regel für die Beweislast nicht aufstellen läßt, sondern deren Verteilung vom Richter nach Maßgabe des einzelnen Falles vorzunehmen ist, so gilt doch im allgemeinen folgendes:

---

[134]) Kayser S. 146.
[135]) Bericht S. 23.

Nach einem anerkannten Grundsatze hat der angreifende Kläger den Klaggrund, d. h. die gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmten Tatsachen darzutun, die seinen Anspruch begründen und die ihn unterliegen lassen, sobald ihm der Nachweis einer von ihnen mißlingt. Nun sind die den Ersatzanspruch der Aktiengesellschaft aus § 204 gegen die Aufsichtsratsmitglieder begründenden Tatsachen als das Vorliegen eines Schadens der Gesellschaft, eines in der Verletzung mindestens der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bestehenden Verschuldens und eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen Schaden und Handeln bestimmt worden; auf ihnen baut sich im wesentlichen der Anspruch der Gesellschaft auf. Sie sind daher auch von der klagenden Gesellschaft den Aufsichtsratsmitgliedern nachzuweisen.

Darnach muß die klagende Gesellschaft dartun, daß und inwieweit die von ihr in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitglieder ihre Obliegenheiten verletzt haben. Deren Sache ist es dann, die rechtsbegründende Wirksamkeit der Klagtatsachen zu entkräften und den Gegenbeweis zu führen, daß entweder der Schaden nicht durch die objektiv nachgewiesene Obliegenheitsverletzung, sondern durch andere, ihnen nicht zuzurechnende Ereignisse entstanden sei, oder daß die festgestellte Sorgfaltsverletzung ihnen deshalb nicht zur Last gelegt werden könne, weil sie z. B. durch andere Personen getäuscht worden seien und dies trotz Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht zu erkennen gewesen sei.[136])

Es ist falsch, sich zugunsten einer Beweispflicht der

---

[136]) Zu demselben Ergebnis gelangen: Makower zu § 204 IV; Hagen S. 358, 359; Küntzel S. 56, 66; Esser, R. u. F., zu § 204 Anm. 4 S. 45; Gareis-Fuchsberger S. 484; von Meyer S. 20, 45.

Aufsichtsratsmitglieder darauf zu berufen, daß dann, wenn die Klage auf eine bereits vor der unerlaubten Handlung bestehende vertragsmäßige Verpflichtung gestützt werde, die Beweislast dem verklagten Schuldner zufalle, der durch die Obligation verpflichtet sei und ihre Aufhebung oder Modifizierung behaupte.[137]) Ebenso unrichtig ist es, davon auszugehen, daß in der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder ein mit den Gründern abgeschlossener Dienstvertrag liege und aus der diesem Vertrage zu entnehmenden Rechenschaftspflicht die Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder folge, sich über die Ausübung der Prüfungstätigkeit auszuweisen.[138]) Diesen Auffassungen steht der schon mehrfach betonte Umstand entgegen, daß die Prüfung und die damit verbundene Wahrung einer bestimmten Mindestsorgfalt nicht in der Erfüllung einer der klagenden Gesellschaft gegenüber bestehenden vertraglichen Verpflichtung geschieht, sondern lediglich Ausfluß einer den Aufsichtsratsmitgliedern durch besondere, gesetzliche Bestimmung zugewiesenen Obliegenheit ist.[139]) Die Verletzungen dieser Verpflichtung stellen darnach ein außerkontraktliches Verschulden dar, und wer mit solchem einen Anspruch begründet, muß es auch beweisen.[140])

---

[137]) z. B. Baron, Pand. § 71 C S. 143.

[138]) So Wiener S. 98, 99; Staub zu § 204 Anm. 4 S. 622 unter Bezugnahme auf BGB. 675, 666; ihm zustimmend Portaszewicz S. 10.

[139]) Dies nimmt auch Pinner zu § 204 II, 3 S. 79 an, jedoch mit der Einschränkung, daß sich das Verhältnis einem kontraktlichen nähert, weswegen er nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für die erforderliche Sorgfalt den in Anspruch Genommenen zuweist.

[140]) Zustimmend: Ring-Lehmann zu § 204 Nr. 4 S. 421, der ausdrücklich unter Hinweis darauf, daß die Aufsichtsratsmitglieder nicht in Erfüllung einer vertraglichen, sondern einer gesetzlichen Pflicht prüfen, den Nachweis der Pflichtverletzung der klagenden Gesellschaft auferlegt im Gegensatz zu der von ihm § 241 Nr. 3 S. 481 vertretenen Ansicht über die Verteilung der Beweislast. — Goldmann zu § 204 Anm. 1 Ziff. 5; Nieden S. 49; Sieben-

Es heißt der klagenden Gesellschaft nicht zu viel zugemutet, wenn von ihr verlangt wird, daß sie ihre Behauptung, es sei ihr durch Verschulden der Aufsichtsratsmitglieder ein Schaden erwachsen, dahin detailliere, worin dieses auf eine Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes hinauslaufende Verschulden im einzelnen bestanden habe, und daß sie den Beweis für ihre Behauptung erbringe. Es würde im Vergleich dazu zweifellos eine ungerechtfertigte Erschwerung der Verteidigung für die Beklagten bedeuten, wollte man umgekehrt von ihnen fordern, auf die allgemeinen Angaben der Klägerin, sie hätten die ihnen obliegende Sorgfalt verletzt, den Nachweis zu führen, daß dies nicht der Fall sei, sie vielmehr in allen Punkten ihrer Pflicht genügt hätten, so daß sie eine Haftbarkeit mangels Verschuldens nicht treffen könne. Der Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist ein so allgemeiner und umfangreicher, die aus ihm sich ergebenden Pflichten sind für den einzelnen Fall so mannigfaltig und verschieden, daß es den Aufsichtsratsmitgliedern nicht selten geradezu unmöglich sein wird, der Gesellschaft erschöpfend den Beweis für die erfolgte Erfüllung aller Pflichten zu erbringen.[141]) Für

hüner S. 33; Anschütz u. v. Völderndorff zu Art. 213c V S. 540, wo gesagt wird: „Es versteht sich von selbst, daß, wer den Ersatz für einen erlittenen Schaden beansprucht, sowohl das Vorhandensein und die Größe der Beschädigung wie auch das Verschulden des in Anspruch Genommenen beweisen muß." A. M. Staub zu § 204 Anm. 4 S. 622; Lehmann S. 483, der die Verschuldungsgrundsätze des Mandats analog auf das Gründungsstadium überträgt; Tscharmann S. 43, der bemerkt, daß die Vorschrift im Art. 213c, wonach den Beklagten die Verletzung der Sorgfalt nachgewiesen werden müsse, nicht den allgemeinen Grundsätzen über Verteilung der Beweislast entspreche. Im Gegensatz dazu behauptet Behrend § 112 S. 770 Anm. 3a, daß das Verlangen des Nachweises der Sorgfaltsverletzung durch die Gesellschaft mit den allgemeinen Grundsätzen übereinstimme.

[141]) So auch Hagen S. 358, 359.

die Gesellschaft aber bedeutet die Auferlegung der Beweispflicht hinsichtlich des Verschuldens der Aufsichtsratsmitglieder schon um deswillen keine zu große Last, weil sie bei der ihr anerkanntermaßen[142]) zufallenden Darlegung des Kausalzusammenhanges zwischen dem ihr erwachsenen Schaden und dem Verhalten der Beklagten auf Tatsachen zukommen wird, die nicht nur den Kausalzusammenhang, sondern zumeist gleichzeitig auch das Verschulden der Aufsichtsratsmitglieder beweisen.[143])

2. Bevor es zu Beweis und Gegenbeweis über das Verschulden kommt, wird meist über die Frage nach Vorhandensein von Vorverpflichteten entschieden werden müssen. Auch der Mangel von Personen, die aus §§ 202, 203 zur Ersatzleistung vorverpflichtet sind, gehört zu den die Klage aus § 204 begründenden Tatsachen. Sein Nachweis liegt also gleichfalls der klagenden Gesellschaft ob. In welcher Weise er erbracht werden kann, ist oben ausgeführt worden. Den Aufsichtsratsmitgliedern bleibt es überlassen, im Wege der Einrede auf Vorverpflichtete hinzuweisen und ihr Vorhandensein sowie die Zulänglichkeit ihres Vermögens darzutun.[144])

§ 7.

## Das Erlöschen des Anspruchs.

### a) Vergleiche, Verzichtleistungen.

Eine Erfahrung, die in früherer Zeit vielfach gemacht wurde, bestand darin, daß die aus der Gründung ver-

---

[142]) z. B. Pinner zu § 241 II, 5 S. 157.

[143]) Küntzel S. 58; v. Meyer S. 20.

[144]) So auch Nieden S. 49, 50; Ring zu Art. 213c Ziff. 4 S. 324; Lehmann-Ring zu § 204, 3; Staub zu § 204 Anm. 7 S. 623. A. M.: Behrend § 112 Anm. 6 (ohne Angabe von Gründen); Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1892) S. 783.

pflichteten Personen, namentlich die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, sich rasch Entlastung für ihre Tätigkeit während der Gründung erteilen ließen und damit die in der Aufstellung einer Gründerverantwortlichkeit für die Gesellschaft geschaffenen Schutzmaßregeln zu nichte machten.[145])

Zur Unterbindung derartiger Umgehungen der Haftung, die herbeizuführen den Verpflichteten bei dem Einflusse, den sie in der ersten Zeit des Bestehens auf die Gesellschaft auszuüben in der Lage sind, nicht schwer fallen kann, bestimmt § 205 unter einer Verschärfung des Art. 213 d der Novelle von 1884, daß Vergleiche und Verzichtleistungen[146]) über Ansprüche, die auf Grund des § 204 von der Gesellschaft gegen die Aufsichtsratsmitglieder erhoben werden können, entweder gar nicht oder nur unter bestimmten erschwerenden Voraussetzungen zulässig sind.

Unter Verzichtleistungen sind die das Erlöschen des Schuldverhältnisses bewirkenden Erlaßverträge[147]) sowie die negativen Anerkennungsverträge des § 397 BGB. zu verstehen; insbesondere ist ein Verzicht in der Dechargeerteilung[148]) zu verstehen. Was sich als Vergleich darstellt, bestimmt sich nach BGB. § 779. Gleichgültig ist, ob der Verzicht oder Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich, ebenso, ob die Gesellschaft gegen die Ver-

---

[145]) Mot. II S. 128.

[146]) Andere Rechtsgeschäfte als diese werden von den Beschränkungen des § 205 nicht berührt. Makower zu § 205 II S. 434; Anschütz und v. Völderndorff S. 543; Staub zu § 205 Anm. 4 und 5 S. 624.

[147]) Der einseitige Verzicht der Gesellschaft auf die Forderung ist für das Schuldverhältnis ohne Wirkung; vgl. Planck, BGB. § 397 Ziff. 1.

[148]) d. i. „die Erklärung, daß die Generalversammlung aus den ihr gemachten Vorlagen keine Veranlassung zu einer Monitur entnimmt." RG. in Zivils. Bd. 12 S. 77 verb. Bd. 18 S. 63.

pflichteten einen Anspruch geltend macht oder ob diese von der Gesellschaft entlastet werden wollen.[149])

An einem Vergleich oder Verzicht mit der Gesellschaft können die Aufsichtsratsmitglieder in doppelter Weise beteiligt sein: einmal nur mittelbar, wenn das auf die Beseitigung des Schuldverhältnisses gerichtete Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und den aus §§ 202 und 203 Verpflichteten abgeschlossen wird und die Aufsichtsratsmitglieder nur als Nachverpflichtete in Frage kommen, und zum anderen unmittelbar, wenn nach Wegfall oder mangels Vorverpflichteter die Gesellschaft den Vergleich oder Verzicht mit den nachhaftenden Aufsichtsratsmitgliedern selbst eingeht.

1. Die Voraussetzungen zu einem Vergleich oder Verzicht der Gesellschaft mit den Aufsichtsratsmitgliedern als unmittelbar Verpflichteten bestehen darin, daß

*α*) die Generalversammlung dem Rechtsgeschäfte mit einfacher oder mit der im Gesellschaftsvertrage vorgeschenen Stimmenmehrheit zustimmt, wobei entsprechend § 252 Abs. 3 des HGB. die Aufsichtsratsmitglieder, die von ihrer Ersatzpflicht befreit werden sollen, sowie die mit ihnen solidarisch haftenden Personen von ihrem Stimmrechte keinen Gebrauch machen dürfen,[150])

*β*) zur Zeit der Beschlußfassung der Generalversammlung über ihre Zustimmung ein Zeitraum von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister verflossen ist.

Der beabsichtigte Beschluß auf Zustimmung zu dem Vergleich oder Verzicht wird indes unmöglich oder der darüber bereits gefaßte Beschluß unwirksam, sobald gegen ihn eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des

---

[149]) Anschütz und v. Völderndorff S. 544.

[150]) Pinner zu § 205 III S. 81; Goldmann zu § 205 Anm. 2 Ziff. 6.

Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Dieser Widerspruch gegen den Mehrheitsbeschluß muß „in der Versammlung", der die Frage des Vergleichsabschlusses oder der Verzichterklärung vorliegt, selbst erklärt werden; anderenfalls ist er wirkungslos. Nicht nötig ist, daß seine Erklärung zu Protokoll geschieht;[151]) es liegt daher ein wirksamer Widerspruch bereits dann vor, wenn mit so vielen stimmberechtigten Aktien gegen den Beschluß gestimmt worden ist, daß deren Summe den fünften Teil des Grundkapitals umfaßt.[152]) Nur „soweit" Widerspruch erfolgt, wird der Vergleich oder Verzicht unwirksam; hinsichtlich des durch den Widerspruch nicht getroffenen Teils behält das Rechtsgeschäft seine anspruchsbeseitigende Wirkung.

Der Minderheit steht, falls sie ein Fünftel des Grundkapitals in sich nicht vereinigen kann, als Ausweg zur Verhinderung des beabsichtigten Vergleichs oder Verzichts die Möglichkeit offen, gemäß § 268 Abs. 1 die Geltendmachung der fraglichen Ansprüche zu verlangen, wobei sie insofern günstiger gestellt ist, als hierzu die Summe ihrer Anteile nur ein Zehntel des Grundkapitals zu betragen hat.

Soll nun über einen Anspruch aus der Gründung, dessen Verfolgung von der Minderheit begehrt worden ist, ein Vergleich oder Verzicht abgeschlossen werden, so sind dabei nicht nur die Beschränkungen des § 205 zu beachten, sondern es treten die Bestimmungen des § 270 hinzu, die sich auf Ansprüche der Gesellschaft sowohl aus der Gründung wie aus der Geschäftsführung beziehen und nach

---

[151]) argumentum e contrario des § 271 Abs. 3, wo ausdrücklich Erklärung des Widerspruchs zu Protokoll verlangt wird.

[152]) So auch Siebenhüner S. 47; anders Goldmann zu § 205 Anm. 2 Ziff. 7: „Die Widerspruchserklärung bedeutet mehr als lediglich eine den Vergleich oder die Verzichtleistung ablehnende Abstimmung."

denen ein Vergleich oder Verzicht nur dann zulässig ist, wenn von den Aktionären, die als Minderheit die Geltendmachung verlangt haben, so viele dem Vergleich oder Verzicht zustimmen,[153]) daß die Aktien der übrigen, d. h. der nicht zustimmenden Mitglieder der Minderheit, die die Anspruchsverfolgung begehrt hat, nicht mehr den zehnten Teil des Grundkapitals darstellen. In diesem Falle ist also das Zustandekommen des Vergleichs oder Verzichts an vier Voraussetzungen gebunden: an die oben unter $\alpha$ u. $\beta$ angeführten Umstände, an das Fehlen eines Widerspruchs seitens eines Minderheit, die ein Fünftel des Grundkapitals mit ihren Aktien vertritt, und endlich an eine Zustimmung einer sich aus dem einzelnen Fall ergebenden Anzahl von Aktionären in dem vorstehend ausgeführten Sinne. Es ist nach alledem bereits eine Minderheit, deren Anteile nur den zehnten Teil des Grundkapitals verkörpern, imstande, jeden Vergleich und Verzicht zu verhindern.[154])

Die strenge Durchführung der vorstehenden Beschränkungen hinsichtlich des Vergleichs würde die Gesellschaft indes dadurch schädigen können, daß sie sie am Abschlusse solcher Vergleiche hindert, die nicht zu dem Zwecke erfolgen, zugunsten der Verpflichteten einen Anspruch der Gesellschaft teilweise zum Erlöschen zu bringen, sondern zu denen es kommt, weil auf dem Wege gegenseitigen Nachgebens nach Lage der Verhältnisse für die geschädigte Gesellschaft noch das günstigste Ergebnis zu erzielen ist.

Im Hinblick darauf bestimmt § 205 Satz 2, daß die zeit-

---

[153]) Formlos; die Zustimmung braucht nicht in der Generalversammlung zu erfolgen. Vgl. § 205 „in der Versammlung". Goldmann zu § 270 Anm. 1 Ziff. 3.

[154]) Pinner zu § 205 III S. 81 bezeichnet die Verschiedenheit der in den §§ 205 u. 268 verlangten Grundkapitalsteile der Minderheiten als eine „durch nichts gerechtfertigte Difformität", durch die Schwierigkeiten nicht ausgeschlossen sind. Ihm zustimmend Goldmann zu § 205 Ziff. 8.

liche Beschränkung dann nicht Platz greift, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht. Zahlungsunfähigkeit[155]) stellt den Zustand dar, in dem der Schuldner den an ihn herantretenden vermögensrechtlichen Verpflichtungen infolge augenblicklichen Mangels entsprechender Mittel nicht nachzukommen vermag. Dieser Zustand muß die Eröffnung des Konkursverfahrens, zu dessen Voraussetzungen er gehört, erwarten lassen oder bereits herbeigeführt haben, und das Konkursverfahren zu verhindern[156]) oder zu beendigen,[157]) muß der Vergleich bezwecken, und zwar hat er nicht nur mit der forderungsberechtigten Gesellschaft, sondern mit allen Gläubigern des Verpflichteten zu erfolgen. Dabei ist es belanglos, ob ein oder mehrere unbedeutende Gläubiger außer Betracht geblieben oder ob die Vergleichsbedingungen den einzelnen Gläubigern gegenüber verschiedene sind.

Unter diesen Voraussetzungen kann also ein Vergleich zwischen der Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern auch innerhalb des fünfjährigen Zeitraums abgeschlossen werden, falls ihm die Generalversammlung mit mindestens einfacher Mehrheit zustimmt und nicht eine ein Fünftel des Grundkapitals repräsentierende Minderheit gegen den Beschluß Widerspruch erhebt.

2. Bei Beantwortung der Frage, welche Wirkung ein mit den aus den §§ 202, 203 verpflichteten Personen abgeschlossener Vergleich oder Verzicht auf die Nachhaftung der Aufsichtsratsmitglieder ausübt, ist auf die Absicht zurückzugehen, von der die Gesellschaft bei Vornahme des

---

[155]) KO. § 102; RG. in Zivils. Bd. 22 S. 47.

[156]) Außergerichtlicher Vergleich zur Abwendung des Konkurses.

[157]) Zwangsvergleich im Konkurs (KO. §§ 173ff). Das Konkursgericht muß bei Abschluß des Zwangsvergleichs von Amts wegen prüfen, ob die Erfordernisse des § 205 HGB. gewahrt sind, da diese eine gesetzliche Beschränkung der Gesellschaftsvertreter enthalten

Rechtsgeschäftes mit den Hauptverpflichteten sich hat leiten lassen. Will die Gesellschaft durch den Erlaßvertrag die Hauptverpflichteten ganz oder teilweise von ihrer Verbindlichkeit befreien, so werden die Nachhaftenden in Höhe des durch den Erlaß berührten Teiles des Anspruchs frei.[158] Der Verzicht wirkt gleich einer Befriedigung, und zwar selbst dann, wenn nachweislich die Vorverpflichteten zur Ersatzleistung gar nicht imstande gewesen wären. Bezüglich des Restes des Anspruchs bei einem Teilverzicht haften die Aufsichtsratsmitglieder weiter.

Ist der Vergleich unter dem Zwange der Verhältnisse deshalb erfolgt, weil von den nicht voll zahlungsfähigen Hauptverpflichteten auf diese Weise noch am reichlichsten Ersatz zu erlangen war, so liegt in seinem Abschlusse kein Verzicht auf die Geltendmachung des durch ihn nicht gedeckten Schadens; demzufolge besteht die subsidiäre Ersatzverpflichtung in Höhe des Ausfalls fort.[159] Entspringt der Vergleich indes freiwilliger Entschließung der Gesellschaft, so enthält er einen Verzicht derselben auf den Ersatzanspruch in Höhe des durch den Vergleich nicht beglichenen Teils des Anspruchs und bewirkt das Erlöschen der Nachhaftung; anderenfalls würden die subsidiär Verpflichteten grundlos aus der günstigen Rechtsstellung verdrängt, die ihnen das Gesetz durch Einräumung der Nachhaftung den Hauptverpflichteten gegenüber hat zuweisen wollen.[160]

Darüber, ob die nur mittelbar beteiligten Aufsichtsratsmitglieder bei dem Beschlusse der Generalversammlung

[158]) Tscharmann S. 43; Staub zu § 204 Anm. 7 S. 623; Hergenhahn (bei Gruchot Jahrgang 1892) S. 785; Ring zu Art. 213c S. 325.

[159]) v. Meyer S. 48; Kayser S. 13; Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1892) S. 786.

[160]) Ring S. 325; Hergenhahn (bei Gruchot Jahrgang 1892) S. 785.

über die Zustimmung zum Vergleich und Verzicht zugunsten der Hauptverpflichteten mitstimmen dürfen, herrschen verschiedene Auffassungen. Die eine Meinung spricht den Aufsichtsratsmitgliedern wegen ihres mittelbaren Interesses und im Hinblick darauf, daß sich niemand an einer Entscheidung über eine Angelegenheit beteiligen dürfe, durch die sein Interesse berührt werde, das Stimmrecht ab, legt also § 252 Abs. 3 weit aus.[161]) Dagegen wollen andere ihnen das Stimmrecht gewahrt wissen mit der Begründung, daß sich § 252 nur auf die unmittelbar zu Entlastenden oder von einer Verpflichtung zu Befreienden beziehe und daß keine Veranlassung vorliege, hier das bedeutsame Recht des Mitstimmens einzuschränken.[162]) Mit Rücksicht darauf, daß die Aufsichtsratsmitglieder durch ihre Stimmen, über die sie oft in großer Anzahl verfügen, den Abschluß von sie befreienden Vergleichen oder Verzichten zum Nachteile der Gesellschaft herbeiführen können, eine Gefahr, der vorzubeugen doch eifriges Bestreben des Gesetzgebers ist, wird man sich der ersten Ansicht anzuschließen haben und den Aufsichtsratsmitgliedern auch als nur mittelbar Beteiligten in diesen Fällen das Stimmrecht vorenthalten müssen.[163])

[161]) Petersen und v. Pechmann S. 98; Behrend § 113 Anm. 18 S. 775.

[162]) Pinner zu § 205 III S. 81; Staub zu § 205 Anm. 2 S. 624; Ring zu Art. 213d Nr. 1 S. 327; Esser, R. u. F., zu § 205 Anm. 4 S. 47; Küntzel S. 69; Siebenhüner S. 46.

[163]) Mit der Möglichkeit, daß die indirekt Beteiligten gegen den Vergleich oder Verzicht stimmen werden — so Esser, R. u. F., S. 47 — kann zugunsten der Gewährung des Stimmrechts nicht gerechnet werden. Eine zwischen beiden Ansichten vermittelnde Meinung stellt Goldmann zu § 205 Anm. 2 Ziff. 6 auf, der eine Prüfung des konkreten Falles daraufhin verlangt, ob es sich um einen Anspruch handelt, der gleichzeitig die gesamtschuldnerische, wenn auch nur subsidiäre Haftung eines Mitglieds des Aufsichtsrats gemäß § 204 zu begründen geeignet ist. Sollte dies zutreffen, dann Versagung des Stimmrechts, anderenfalls nicht.

3. Ein entgegen den zwingenden Bestimmungen der §§ 205, 270 abgeschlossener Vergleich oder Verzicht verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist demzufolge nichtig;[164]) eine rechtliche Wirksamkeit wohnt ihm weder selbst inne, noch kann eine solche aus ihm für einen anderen Rechtsakt abgeleitet werden. Die Nichtigkeit wird nicht durch den Ablauf der fünf Jahre gehoben. Soll die durch das Rechtsgeschäft beabsichtigte, aber wegen der Nichtigkeit ausgebliebene Wirkung noch herbeigeführt werden, so ist seine erneute Vornahme erforderlich.[165])

In den Fällen, wo ein Vergleich oder Verzicht nichtig ist, kann der anspruchsbeseitigende Erfolg, den das Rechtsgeschäft bei seiner Gültigkeit gehabt haben würde, dadurch erreicht werden, daß die Vertreter der auf Ersatz gegen die aus §§ 202—204 verpflichteten Personen klagenden oder von diesen auf Entlastungserklärung verklagten Gesellschaft ein die letztere abweisendes beziehentlich verurteilendes Versäumnisurteil ergehen und dieses Rechtskraft erlangen lassen. Darin ist zweifellos ein vom Gesetz nicht gebilligtes Mittel zu Umgehungen der die Vergleiche und Verzichte einschränkenden Bestimmungen gegeben, aber aus dieser Möglichkeit vermag eine Wirkung auf das Prozeßrecht und insbesondere auf die Rechtskraft des ergangenen Versäumnisurteils trotz der rechtspolitischen Natur des § 205 keinesfalls dahin abgeleitet werden, daß die Gegenpartei aus ihm ein Recht nicht erwerben könne. Das Urteil wirkt vielmehr unter den Parteien.[166]) Das Ergehen des Versäumnisurteils kann auf ganz anderen Gründen als

---

[164]) BGB. § 134; § 205 HGB. spricht von „nicht zulässig".

[165]) BGB. § 141.

[166]) So Staub zu § 205 Anm. 5 u. 6 S. 624; v. Meyer S. 52; Behrend § 113 Anm. 21 S. 776; Pinner zu § 205 S. 80. A. M. Lehmann u. Ring zu § 205 Nr. 3 S. 423; Goldmann zu § 205 Anm. 1 Ziff. 5; Anschütz u. v. Völderndorff S. 544; Petersen u. v. Pechmann zu Art. 180c S. 98; Ring zu Art. 213d Nr. 2 S. 328.

auf einer Absicht der Gesellschaftsvertreter beruhen, die aus §§ 202—204 Verpflichteten zu begünstigen; beispielsweise kann sich die Gesellschaft davon überzeugt haben, daß der von ihr geltend gemachte Anspruch unbegründet ist.[167])

### b) Verjährung.

Nach § 206 des HGB. verjähren Ansprüche der Gesellschaft gegen die aus §§ 202 – 204 verpflichteten Personen in fünf Jahren. Gemeint sind damit ebenfalls nur die Ansprüche „aus der Gründung", nicht aus anderen Rechtsgründen, obwohl dieser Zusatz abweichend vom § 205 fehlt.[168])

Hinsichtlich der Hemmung, Unterbrechung, Vollendung und Wirkung des fünfjährigen Zeitraumes haben die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts Anwendung zu finden.[169])

Besonderes gilt nur bezüglich des Zeitpunktes, zu dem der Lauf der Frist beginnt. Sie nimmt ihren Anfang laut ausdrücklicher Bestimmung des § 206 von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruch bereits entstanden, ob er fällig ist oder nicht.[170]) Damit werden anderweite Vorschriften über Verjährungsbeginn, die hier in Frage kommen könnten, unanwendbar, so die allgemeine Bestimmung des § 198 des BGB. und die besondere für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen des § 852 des BGB.

Die Verjährung der Ansprüche gegen die subsidiär haftenden Aufsichtsratsmitglieder wird meist der gegenüber den Erstverpflichteten entsprechen und mit ihr gleich-

---

[167]) Dies übersieht Schmidt S. 97 Anm. 203.

[168]) Esser, R. und F., zu § 206 Anm. 5 S. 47; Staub zu § 206 Anm. 4 S. 626; Siebenhüner S. 48.

[169]) BGB. §§ 202—205, 207—215.

[170]) Goldmann zu § 206 Ziff. 3; Pinner zu § 206 I S. 81; Staub zu § 206 Anm. 1 S. 626.

laufen. Verjährt indes der Anspruch gegen die primär Haftenden, während der gegen die Aufsichtsratsmitglieder etwa zufolge Unterbrechung noch längere Zeit besteht, so können die letzteren dann noch zum Ersatz herangezogen werden, wenn die Gesellschaft nachweist, daß aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auch ohne Eintritt der Verjährung von den nach §§ 202 und 203 verpflichteten Personen nichts hätte erlangt werden können. Andernfalls muß den Aufsichtsratsmitgliedern die Verjährung des Hauptanspruchs zustatten kommen.[171])

Die Übereinstimmung der Verjährungsdauer mit der fünfjährigen Frist für Vergleiche und Verzichte wird zur praktischen Folge haben, daß, von den Fällen im § 205 Satz 2 abgesehen, auf derartige Vergleiche und Verzichte nur dann zugekommen werden kann, wenn die Verjährung sich infolge Hemmung oder Unterbrechung über den Zeitraum von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erstreckt.[172])

---

[171]) Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1892) S. 786.

[172]) Esser zu § 205 Anm. 1 S. 46; Siebenhüner S. 45.

Zweiter Teil.

# Die Haftung aus Nachgründungen.

§ 8.

## Die Fälle der §§ 207 und 208 des HGB.[173])

a) Zur Darstellung der Gründerverantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gehört, äußerlich betrachtet, auch die Haftung, die ihnen aus § 207 erwachsen kann. Dort trifft das Gesetz Bestimmungen über die sogen. Nachgründungen, die dann vorliegen, wenn Verträge abgeschlossen werden, zufolge denen die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende, dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmte Anlagen oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung vor Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung in das Handelsregister erwerben soll.

Für das Zustandekommen dieser Verträge verlangt § 207 zum Schutze vor Umgehungen des § 186 durch nachträgliche Erwerbungen neben der Zustimmung der Generalversammlung mit den im Abs. 3 näher bestimmten Mehrheiten vom Aufsichtsrate vor der Beschlußfassung der Generalversammlung eine Prüfung des Vertrags und die Erstattung eines schriftlichen Berichts über deren Ergebnis. Die Prüfungspflicht ist eine Nachbildung der im § 192 für

[173]) Ausführlich Hergenhahn (bei Gruchot Jahrg. 1893) S. 616ff.

das Gründungsstadium statuierten Obliegenheit, nur mit dem Unterschiede, daß sie dort den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern, hier aber dem Aufsichtsrat als solchem zugewiesen ist. Rechtlich liegt aber in dieser Tätigkeit eine Aufsichtsratsfunktion, die nach anderen Grundsätzen als die während des Gründungsstadiums vorzunehmende Prüfung zu beurteilen ist.[174])

Worauf sich die Prüfung zu erstrecken hat, führt das Gesetz nicht aus; daraus wird zu entnehmen sein, daß eine Beschränkung auf die in den §§ 192, 193 für die Prüfung der Gründungsvorgänge vorgeschriebenen Richtungen hier nicht Platz greifen soll und daß danach der Aufsichtsrat auch darüber Nachforschungen anzustellen hat, wie der Vertrag voraussichtlich auf das wirtschaftliche Gedeihen der Gesellschaft wirken wird.

Vollzieht der Aufsichtsrat die Prüfung nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, so werden seine Mitglieder der Gesellschaft ersatzpflichtig, falls es zum Abschlusse von schädigenden Nachgründungsverträgen gekommen ist. Auf den zustimmenden Beschluß der Generalversammlung vermag sich der Aufsichtsrat dabei nicht zu berufen; denn dieser ist erst durch die mangelhafte Berichterstattung des Aufsichtsrats herbeigerufen oder beeinflußt worden. Das Fehlen der Prüfung oder Berichterstattung hat nicht die Unwirksamkeit des zustimmenden Generalversammlungsbeschlusses zur Folge, sondern macht ihn nur nach Maßgabe des § 271 des HGB. anfechtbar und läßt ihn gültig werden, wenn die Anfechtungsklage nicht binnen Monatsfrist erhoben wird.[175])

Welche Grundsätze für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder aus Nachgründungen maßgebend sind, wird vom Gesetz ebenfalls nicht ausgesprochen. Aus seinem Schweigen

---

[174]) Schmidt S. 107 Anm. 227.

[175]) Goldmann zu § 207 Anm. 3 Ziff. 14 und 26.

und entsprechend dem Wesen des Nachgründungsvertrags als eines nach Entstehung der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrags, der vom Aufsichtsrat als dem Kontrollorgan der Gesellschaft geprüft wird, hat man nicht die Vorschriften des § 204, sondern die sich auf die allgemeine Tätigkeit des Aufsichtsrats während des Bestehens der Gesellschaft beziehenden Bestimmungen des § 249 des HGB. anzuwenden.[176]) Danach haften aber die Aufsichtsratsmitglieder für die im § 207 Abs. 2 verlangte Prüfung und Berichterstattung strenger als für die Prüfung des Gründungsherganges; denn § 249 kennt nur eine unmittelbare, nicht aber eine subsidiäre Verantwortlichkeit, wie sie § 204 aufweist.

b) Auch die Verantwortlichkeit, die die Aufsichtsratsmitglieder nach § 208 des HGB. dann treffen kann, wenn die Gesellschaft innerhalb zweier Jahre nach ihrer Eintragung Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung erwirbt, ist nicht auf § 204 zurückzuführen, sondern unterfällt den Bestimmungen des § 249, da auch hierbei eine Verletzung der allgemeinen Pflicht des Aufsichtsrates in Frage kommt, den Vorstand zu überwachen, die abzuschließenden Verträge zu prüfen und nötigenfalls ihr Zustandekommen zu verhindern.[177])

---

[176]) Pinner zu § 207 IV S. 85; v. Meyer S. 55; Staub zu § 207 Anm. 12 S. 629; Goldmann zu § 207 Anm. 3 Ziff. 13; Tscharmann S. 37; Küntzel S. 39; Esser zu § 207 Anm. 4 S. 50.

[177]) Staub zu § 208 Anm. 4 S. 630; Anschütz u. v. Völderndorff S. 552, 553.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.